E.D.T.A.

Lit. 21
Nr 100

TRACTATVS TRES

DE ADIPISCENDA POSSESSIONE,

QVAE EX IVRE CIVILI DEFERTVR, EX L. FIN. C. DE EDICT. D. HADR. TOLLEND.

II. De Interdicto seu Remedio QVORVM BONORVM, quod à Prætorio Iure introducitur.

III. De Petitione hæreditatis.

Omnium qui adhuc editi sunt, vtilißimi ac frequentißimi, tam his qui in Scholis ius Ciuile profitentur, quàm ijs qui in Iudicijs versantur, pernecessarij.

Recens in lucem editi.

AVTHORE ACHILLE PERSONALI IC. MIRANDVLANO.

Cum Indice Rerum ac Verborum locupletißimo.



COLONIAE AGRIPPINAE,
Apud Ioannem Gymnicum, sub Monocerote,
Anno M. D. XCVI.
Cum gratia & Priuileg. Cæs. Maiest.

ILLVSTRIS-SIMO, ET REVEREN-DISSIMO D. IVLIO FEL-TRIO DE RVERE

CARDINALI VRBINI, ET S. R. E. AMPLISSIMO,

Achilles Personalis Mirandulensis S. P. D.

CVM tanta semper percipiendę veritatis hominibꝰ innata fuerit cupiditas Illustrissime & Reuerendissime Domine, ita vt à primis vsque sæculis homines, qui præstātissimi ingenij extitêre, id negotij illam inueniendi, alijsque patefaciendi libentissimè susceperint, existimantesque hanc omnes veritatem inuenisse, quæ sola, & vnica est, & ab omnibus præhonoranda: hac igitur ratione, firmissimoq; hoc proposito, omnes illorum opiniones in lucem edidêre, & tandem indies magis eruditissimi homines adnituntur scribere super materijs de quibus alij scripsere, ita vt necesse sit alterum de duobus dicatur, aut veritas adhuc non fuerit inuenta, vel incassum, frustraq; tot Excellentissi-

mos Doctores scripsisse, & scribere. quare si hæc igitur propositio resultaret vera, nihil turpiùs, nihilque absurdiùs dici poterit. id igitur absit, cum non sit credendum, tot & tantos præclarissimos viros in hunc errorē incidisse, & adhuc labi: at quia homines aliquando falluntur, & aliquando confusè, intricatè, breuissimè, imperfecteque scripsere, hac tantùm ratione, materiam aliis scribendi præstitêre, cùm mos scribendi tantum sit antiquorum opiniones ampliandi, limitandi, corrigendi, distinguendi, declarandique, & eo amplius veritas præfulget, ornaturque, quanto magis ventilatur. hac tātum igitur ratione quotidie Doctores suos ipsorum intellectus exercitantes in lucem lucubrationes suas emittunt. ego itaque id animaduertens, censui ad vtilitatem mortalium & pro maiori materiarum facilitate, redigere has tres species actionum in tres tractatus, illa breuitate, illoque ordine quo potui, & sciui, reduxi, & composui, ad similitudinem compilatorum legum, qui titulos legales distinctos, & speciales ab alijs scripsere verùm, quia Scribentes solent eorum lucubrationes in lucem edendas potentissimo, iustissimoque viro illorum benemerito dedicare, vt ille à morsibus inuidorum protegat: ideo cum Illustrissima & Reuerendissima D. T. fue-

fuerit illa, quæ primos in me contulit honores, cùm iam me constituit iudicem ordinarium tam ciuilium, quàm criminalium causarum ciuitatis Castelli de anno M. D. L. eo tempore quo tu præeras Legatus Perusiæ, Vmbriæque, qua legatione Illustrissima D. T. semper functa est cum tanta tua prudentia & modestia, cum tanta pietate, æquitate, humanitate, ac clementia, & cum tanta ad amussim iustissima iustitia, vt adhuc de te omnes homines prædicent, & admirētur. ego verò qui signum meæ singularis erga te obseruantiæ & propensæ animi mei voluntatis adhuc significare non potui, nisi cum ediderim has meas lucubrationes, quas prodire sub nomine splendoris, dignitatis, auctoritatisque tuæ volui, & constitui, cum præsertim non me lateat, te specimen maximi splendoris & adiumenti hisce meis lucubrationibus extare, tum & quia quoque tu qui es solus ille IVLIVS Cardinalis & Princeps, qui linguas obtrectatorum compescere facilè poteris, copia quorum hoc tempore in frequentissimo vsu reperitur. quare igitur te Illustrissime & Reuerendissime Domine per mansuetudinem & humanitatem tuam supplex oro, atque obtestor, vt lucubrationes meas (qualescunque sint) hilari vultu accipias, vti signum, pignus, & obsides,

des, meæ perpetuæ obligationis, ac seruitutis, quam erga Illustrissimam D. T. teneor conseruare. Vale igitur optime Cardinalis, & Deus faxit, vt & diu, & fœliciter viuas.

SVMMA

SVMMA SERIES, SIVE PRAECIPVA CAPITA HVIVS TRACTATVS DE ADIPISCENda Possessione.

Substi-

SVMMARIA CAPITA INTERDICTI QVORVM BONORVM.

Adipi-

Statu-

Statutum non continuat possessionem in fideicommissarium vniuersalem. 541.

Nec in hæredem hæredis. 542

Feudi possessio per tale statutum non continuatur. nu. 543. Licet auctor dissentiat hic, & nu. 104. suprà. Est tamen hæc communis opinio. Tiraquellus le mort saisit le vif. declarat. 4. num. 1. 2. 3. Minsinger. Obseruat. 38. cent. 5. Gail. Obseruat. 152. lib. 2. Afflict. in feudis de feudi cognitione. §. sciendum. nu. 12. 18.

SVMMARIA CAPITA TRACTATVS DE PETITIONE HAEREDITATIS.

Libellus petitionis hæreditatis quomodo formandus. nu. 549.

An exprimendum quòd sit hæres ex testamento vel ab intestato. 550.

Quando ex vna causa malè actum, & ex alia causa agi potuit, absoluitur Reus, ab obseruatione iudicij, saluo iure agendi. 551.

In iudicijs vniuersalibus sufficit generalis libellus absq; specificatione rerum. 555.

Petitio hæreditatis non cumulatur cum rei vendicatione, cum suis fallentijs. nu. 559.

Nec quoque cumulatur querela inofficiosi testamenti. num. 562.

An querela inofficiosi testamenti cum hac actione cumulari possit, longa instituta disputatio. 563.

Clausula codicillaris potius ex stylo Notarij apponi præsumitur. nu. 694. quod fallit. nu. 608.

Argumentum à tacita testatoris voluntate validum est. num.

Hæc pauca pro breui synopsi siue serie rerum sufficere visa sunt, reliqua ex Indice petantur. Collegit in fauorem Lectoris Matthæus Boyss Doctor.1595.

LVDOVICVS DE MVRATORIBVS CLARISSIMVS I. C. MIRANDVLENSIS, AD LECTOREM.

Pandectis fuerant, quæ ſparſa remedia, quorum
Auxilio noſtrum quærere iure datur,
Hæc Perſonalis miro ordine iunxit Achilles,
Ingenio ſoluens ardua quæq; ſuo.
Materiam hanc ætas & noſtra, & priſca decoram
Reddidit, & celebrem gloria, & arte ſimul.
Aſt Auctor ſuperat priſcos, ſuperatq́; Modernos,
Eia age diuinum ſuſcipe Lector opus.

ALIVD TETRASTICHON EIVSDEM AVCTORIS.

A Matre Aeacides Stygijs conſperſus in vndis
Fatalis manſit, pertimuitq́; nihil:
Sic noſtri Aeacidæ conſperſa remedia verè
Nil metuent, t[illegible]gitur liuida turba tace.

TRACTATVS OMNIVM, QVI ADHVC EDITI SVNT, VTILISSIMVS IVXTA, AC FREQVENTISSIMVS,

De Adipiſcenda poſſeſsione, ex l. fin. C. de edicto Diui Hadr. tol.

D. ACHILLIS PERSONALIS MIRANDVLANI I. C. CLARISSIMI.

In quo quidem Tractatu omnia, quæ ad Adquirendam poſſeſsionem pertinere videntur, fuſiſsimè, clariſsimeq́; explicantur.

DEFVNCTO teſtatore plura hæredi remedia in teſtamento eius vniuerſaliter inſtituto, pro teſtatoris hæreditate conſequenda, eiuſque iura competunt, interque cętera† inprimis ſeſe illud offert 1
famigerabile poſſeſsionis remedium adipiſcendæ à iure Ciuili proueniens, quod eſt remedium l. fin. C. de edicto diui Adr. toll. vt dicit gl. in §. reſtitutoria, in verbo, bonorũ poſſeſſori, Inſt. de interd. Aret. in §. quadrupli, num. 25. Inſt. de act. Zuchard. in d. l. fin. num. 385. quare primo igitur tractabo dictum remedium tanquam magis practicabile, deinde alia duo particulariter remedia, quæ hęredi quoque ſunt perutilia, vt ſucceſsiuè ex infra dicendis in eis tractatibus ordinariè liquidò patebit.

Et tu hæredis procurator primò aduertas, vt id ſcias remedium practicare, dignoſcereq́;, quando hæredi competat, & cui, cum multis in caſibus ab † interdicto 2

quorum bonorũ differt, & vt videre possis in quibus differat, vide per te gl. in d. l. fin. in verbo, Legitimo, & ibi Dd. & maximè Iaſ. num. 28. in tertia quæſtione, & Zuchar. ibi poſt omnes alios nu. 38. & Areti. in §. quadrupli, nu. 26. verſ. ex quo nota, Inſt. de act. Rip. in rub. ff. quorum bon. nu. 2. Pract. Pap. in forma libel. quo pet. hæred. ex teſta. in glo. coram vobis, num. 2. Ruin. conſ.
3 28. lib. 5. & benè binnia notabis, † vt ſecundùm caſus occurrentiam ſcias diſcernere, quod remedium, qualeq; pro hærede proponendũ ſit, vt etiam dicit Rip. in rub. ff. quorum bon. num. 3.

Et inter cæteras differẽtias ponitur hæc, nam quorum bonorum hæredi tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato ſuccedenti datur, vt in dicto tractatu ſuo plenè
4 dicam, † at remedium huius l. fin. venientibus ab inteſtato non competit, ex teſtamento autem tantũ ſic. Bal. in l. 1. col. 1. verſi. & prodeſt, ff. de pet. hæred. Iaſ. in d. l. fin. nu. 23. & nu. 28. verſ. octau. & ibi etiam Dec. nu. 29. verſ. alia quæſtio, & ibi quoque Zuchard. nu. 306. Ripa in rub. ff. quorum bon. nu. 2. verſ. octauo. Pract. Pap. in form. libel. quo pet. hæred. ex teſtam. in glo. coram vobis, num. 2. in fin. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. 7. diſt. nu. 12. & hæc eſt communis, vt refert ſequendo Gozad. conſ. 50. num. 25. D. meus Soci. Iun. conſi. 75. nume. 2. lib. 1. Crau. conſ. 173. num. 10. Roland. conſ. 1. num. 5. libro 1. D. quoque meus Cæphal. conſ. 4. num. 34. lib.
5 1. ratioq́ue eſt † in promptu, nam in tali remedio poſſeſſorio iudex per notorij modum procedit, quod notorium per teſtamenti exhibitionem inducitur, nõ aboliti, nec cancellati, non autem notorium fieri poteſt, per id quod quis allegat defuncto proximiorem eſſe,
6 cum hoc ſit facti, & iudex † faciliter errare poteſt, Io. And. in addit. Spec. in tit. de teſta. §. fin. nu. 3. Pract. Pap. in form. libelli quo petitur hæred. ex teſta. in gl. in om-
7 nibus, nu. 2. quare igitur ſi filius ab inteſtato ſuo patri ſuccedat, non hoc ſibi competit remedium d. l. fi. ſecundùm crebriorem Doct. opinionem, vt dixi, per iudicis autem officium tunc fauorabiliter imploratum in poſ-

ſeſsio-

fessionem immittitur, Iaf. in d.l. fi. nu. 23. Parif. cōf. 22. num. 67. lib. 1. & confi. 60. nume. 1. lib. 3. D. meus Socin. Iun. conf. 75. num. 17. lib. 1. Marant. in tract. de ordi. iud. in 4. part. dift. 7. nume. 13. quod de æquitate verum esse censeo, si non aliud eidem remedium competat, Rolā. conf. 1. num. 54. & pluribus seq. lib. 1.

Cautusque semper † sit hæredis procurator, quòd mortuo testatore, antequā defuncti possessio à tertio præoccupetur, vt statim omnium incontinentique bonorum possessionem per testatorē tempore eius mortis detentatorū apprehendat, quòd propria tunc equidem auctoritate facere poteft, l. cum hęredes, ff. de acq. poss. Bart. in d.l. fin. num. 16. Bald. nu. 3. Dec. nu. 4. & Zuchar. num. 107. C. de edict. D. Hadr. toll. Alex. in l. à Diuo Pio, §. si super rebus, num. 27. in fin. ff. de re iud. Rip. in rubr. ff. quorum bon. num. 2. verf. quinta, Plot. in l. si quando, num. 85. & 93. C. vnde vi, Durant. in tract. de arte testa. tit. 2. caut. 20. nu. 2. Calcan. confi. 67. col. 2. in fin. Parif. conf. 54. num. 1. & fequ. lib. 3. & conf. 37. num. 22. eodem lib. D. meus Socin. Iun. conf. 75. num. 10. libro 1. cum hęres † nō leue commodum ex possessione appre hensa consequitur, §. commodum. Inft. de interd. Durant. in d. loco allegato, vt suprà nu. 2. Cagn. in l. in pari, num. 3. ff. de regul. iur. 8 9

Et si hæres in eam peruenerit, † eamque apprehenderit, in illa à iudice quoq; defendetur, si alius tertius ipsum hæredem in ea possessione sic apprehensa deinde molestare vellet. Dec. in d.l. fin. nu. 5. in fin. & ibi etiam Zuchar. nu. 102. Plot. in d.l. si quando, nu. 84. Parif. conf. 41. num. 55. lib. 1. Syl. nupt. lib. 1. in verbo, Non eft nubendum, num. 81. & hoc iudicis officio spectat, possessorem in sua possessione defendere, vt ff. ne vis fiat ei, qui in poss. per totum. Pract. Pap. in form. libel. quo pet. hæred. ex testa. in glo. missumque, Castr. conf. 3. nu. 1. in fin. lib. 2. Gram. confi. 64. in ciuil. Dec. & Zuchard. vt suprà, faciendo ipsi tertio pœnale præceptum in ea illum molestanti, vt ne ille ipsum hæredem in futurū in d. possessione molestet, ad illamq; non accedat, cum 10

reserua tamen iurium ipsius tertij, agendi in possessorio vel petitorio, si aliquod ius eidem in dictis bonis
11 habeat, & † cōpetat, habita prius informatione per iudicem summarijssime, sineq; libello, de ipsius hæredis possessione, videlicet heredem, & non tertium in possessione esse, Dec. in l. fin. num. 7. C. de edicto D. Hadr. tol. & ibi etiam Zuchard. num. 111. Plot. in l. si quando, nu. 84. Castr. d. cons. 3. Curt. Sen. cons. 60. nu. 1. Paris. cōsi. 41. nu. 35. lib. 1. Gram. cons. 64. in ciuil. D. meus Socin. Iun. cons. 77. num. 2. lib. 1. dummodò iudex hanc informationem citata parte suscipiat, Zuch. in d. l. fin. nu. 111. quanuis non quoq; de graui pręiudicio tractatur, Marsi. in l. de vnoquoque, nu. 31. ff. de re iud. quòd ego hanc existimo opinionem esse veram, nisi periculum in mora sit, nam tunc iudex absq; partium citatione hanc suscipiet informationem, repertoq; hærede de præsenti in possessiōe esse, tertio præcipiet, vt suprà dixi, Alex. in l. de vnoquoque, nu. 8. & ibi etiam Mars. num. 49. ff. de re iudi. Dec. in l. si pacto quo pœnam, num. 5. & seq. C. de pact. Zuchar. in l. fin. nu. 110. C. de edicto D. Hadr. toll. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in primo mēbro iudicij, in verbo, de citatione, num. 5.

12 Si † autem defuncti bonorum possessio non sit vacans, à tertio autem præoccupata sit, & tunc dico, quòd hæres nō propria illam auctoritate apprehendere poterit, ratioq; in promptu est, nam possessor non sua remouetur possessione, nisi eo citato, etiam si iniustus, & prædo esset, c. licet Episcopus, de præb. in 6. & ita communiter commemorati patres, vt suprà tenent.

13 Et hæc † quoq; conclusio procedit, existente statuto possessionem in hæredem continuante, nam si possessio ab aliquo post defuncti mortem præoccupata esset, non ab illa sua remoueretur possessione, nisi eo prius citato, Dec. in d. l. fin. nu. 5. & ibi etiam Curt. Iun. col. penul. & Zuch. nu. 94. & nu. 104. C. de edict. D. Hadr. toll. Plot. in l. si quando, num. 87. C. vnde vi. Imol. consi. 16. num. 4. Alex. cons. 83. nu. 10. versi. si ergo, lib. 2. Socinus consi. 49. num. 3. lib. 3. Curt. Iun. consi. 127. num. 7. aliàs si

hæres contrarium efficeret, sibi quoque malè consuleret, Zuch. in d.l.fin.nu.108. & seq.

Sed ego † hanc sentio conclusionem esse veram, si statutum simpliciter loquatur, possessionem in hæredem continuando, nam si possessio bonorum defuncti post testatoris obitum ab aliquo tertio suo proprio nomine, & non hæredis apprehensa fuisset, non tunc possessio in hæredem statuti ministerio ob tertij impedimētum translata, continuataque censetur, vt in terminis huius statuti tradit Ias. in l.si sorori, col.2. in prin. C. de iure delib. & consi.147. lib.2. & consi.148. libr.4. & hæc est communis Doct. opinio, vt per Ripā in l.1. nu.37. ff. de acquir. poss. 14

Si verò † statutum expresè possessionem in hæredē continuaret scriptum immediatè, siue hæres hæreditatem adiuerit, siue non, alijsq; prohiberet, vt ne illā occuparent, & si apprehenderint, nullius sit momenti, cōcederetq; ipsi propria hæredi auctoritate eam accipiēdi, tunc reor, quòd si absque violentia hæres bonorum defuncti possessionem propria apprehenderit auctoritate, etiam si à tertio post testatoris obitum præoccupata fuisset, non illam restituere teneretur, tum quia illa facultas propria auctoritate ingrediēdi à statuto cōcessa, ita operatur, Rip. in c. sæpè, num.86. in fin. de rest. spol. Zuchar. in l.fin. num.90. C. de edict. D. Hadr. toll. Deci. cons.191. col. penult. vers. septimò, Paris. consi.1. num.175. lib.1. Crau. consi.302. col. pen. circa medium, tum & quia si statutum vult, quòd possessio bonorum defuncti per tertium occupata nullius momenti sit, ergo perinde habetur, ac si vacans esset, sed † quando est vacans, hæres illam propria auctoritate apprehendere potest, l. cum hæredes, ff. de acquir. poss. & vt suprà dixi, ergo & hoc in casu, illam hæres propria accipere potuit auctoritate, absque eo, quòd illam ita captam restituat, Paris. consi.41. num.8. & sequ. lib.1. dummodò hæres statim postquam sciuerit, illam ab alio fuisse occupatam apprehendat, secùs si id faceret ex interuallo, Plot. in d.l. si quando, nu.91. & seq. 15 16

17 Sed tu hanc tempera conclusionem † esse veram, quando statutum hæredi concederet auctoritatē propria auctoritate in bonorum possessionem hæreditariorum ingrediēdi, absq; eo, quòd in statuto fuisset dictum per vim, secùs si per vim, in statuto fuisset adiectum, tunc & quoq; per vim ingredi, apprehendereq; eam poterit, Rip. in d.c. sæpè. nu. 87. Paris. consi. 41. nu. 39. & seq. lib. 1. & quomodo hæc conclusio procedat, & intelligatur, infrà melius declarabo, sub illa quæstione, an quando possessio nulliter fuit data, sit confirmāda, si nouiter esset danda ob notorietatem iuriū ipsius ingressi, nā ibi plenè hunc discutio articulum, ad quē locum me remitto, ne idem repetam.

18 Et existente dicto † statuto, quæro si dictum remedium adipiscendæ, vel potius recuperandæ, hæredi cōpetat, tu declara, vt dicam in tract. interd. quorum bonorum, vbi plenè hunc articulum examinabo, ad quē locum pariter me reijcio.

19 Et quamuis hæres regulariter † possessionem omnium defuncti bonorum propria apprehendere auctoritate possit, d.l. cum hęredes, tamen si hęres vrbaniùs procedere vellet, in eamq; iudicis auctoritate ingredi, antequàm in illā apprehendēdo ab alio præueniatur, iuxtà constitut. l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll. & tunc equidem quoque ei permittitur, & in vtroq; modo, vt sibi melius erit, & quàm citiùs facere poterit, sibi est prouisum, Ripa in rubr. ff. quor. bon. num. 2. in 5. differentia, Plot. in l. si quando, num. 93. C. vnde vi, quæ pro-
20 uisio huius l. fin. non fuit necessaria, sed ad benè esse tātum fuit sancita, constitutaq;. Dec. in d.l. fin. nu. 7. in fi. D. meus Soc. Iun. cons. 75. nu. 12. lib. 1.

21 Et si possessio † bonorum hæreditariorum post testatoris mortem vacans sit, statutumq; allegatum non extat, pluresq; d. possessionem adipiscere prætendāt, omnesq; ad illam occupandam se præparant, non tunc iudex de facto se intromittere debet, nam si vnus in apprehendendo illam alteri præueniret, ille & quoq; in possessione defendetur, donec de iuribus aliorum in peti-

petitorio, vel possessorio cognoscatur, Bald.in l.fi.numе.3.in fin.C.de edict.D.Hadr.toll.& ibi etiã Dec.nu.5.in fin.& Zuchard.num.102.Plot.in d.l.si quando,nu.84.Paris.cons.41.num.35.lib.1.

Quæ conclusio procedit,nisi timor esset,ne partes ad arma venirent,cui scandalo iudex ex officio nobili suo obuiare debet,iuxta l.æquissimũ,ff.de vsufr.aliàs suo priuabitur officio,Rip.in l.4.§.hoc autẽ iudiciũ, nu.19.ff.de dam.infect.& ideò hac ratione tunc se intromitteret, possessionemq; penes se simul cũ fructibus auocabit.partibusq; præcipiet.sub pœna,ne in futurum ad possessionem accedãt,donec ius partium viderit.Spec.in titu.de libel.conceptio.§.nunc videndũ, num.14.Bald.in d.l.fin.num.3.Dec.num.6.& ibi etiam Zuchard.num.102.vers.& hoc limitatur, Rip. in dicto §.hoc autem iudicium,nu.19.Plot.in l.si quando,num.94.C.vnde vi.Castr.consi.3.lib.2.Curt.Sen.cons.60.Sylua nupt.lib.1.in verbo,non est nubendum,num.81.Marsi.cons.126.num.11.& in l.de vnoquoque,num.102.ff.de re iud.Alex.in l.quod iussit,num.3.Ias.num.17.& Ripa num.7.ff.de re iud. 22

Et iudex † antequam ad id præceptum deueniat, ipsi quoque iudici constare debet saltem summariè, & absq; libelli productione, de verisimili timore scãdali,partesq; citari debent ad videndum assumere informationes, iurareq; testes sub dicto verisimili timore examinandos, cũ de hoc iudici non credatur, nisi in actis de his omnibus constet, Ang.consi.107.nu.3.in fin. Dec.in d.l.fin.nu.6.in fin.& cons.366.nu.13.Paris.cons.41.nu.31.lib.1.Plot.in d.l.si quando,nu.95.in fin. 23

Imò plerique censuere,† quòd nõ citatis partibus iudex suo ex officio hanc informationẽ suscipere possit,& quòd existente verisimili timore, ad huiusmodi possessionis sequestrationem deuenire debeat, cũ præcepto prædito partibus emanato.Castr.d.cons.3.Curt.Sen.cons.60.Felin.in c.si quando, nume.8.de rescript.Ias.in l.nec quisquam,§.vbi decretum,num.7.vers.secũdò limita,ff.de off.procó.Rip.in l.de pupillo.§.me- 24

minisse, num. 26. vers. primus, & vers. quartus casus, ff. de noui oper. nunc. & in l. filiusfamilias, §. diui, nu. 117. vers. fallit primo, & vers. fallit quartò, ff. de leg. 1. Mars. in l. de vnoquoque, nu. 102. ff. de re iud. Dec. cons. 125. nu. 5. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. par. in 1. membr. iud. in verbo, De citatione, nu. 20. & num. 30. quam informationem iudex ex suo nobili officio, vtraq; quoq; parte cōtradicente, omninò suscipere debet, Cur. Sen. consi. 60. nu. 1. & cum capitulis partium, & sine quoque capitulis, Capic. decis. 13. & ibi etiam Addit. Mars. in l. de vnoquoque, num. 65. ff. de re iud. Plot. in l. si quādo, num. 96. in fin. & nu. 107. C. vnde vi.

Quòd ego autem non hanc arbitror opinionem esse veram, quando periculum non sit in mora, ne partes ad arma venirent, tunc partes semper ad huiusmodi informationem à iudice suscipiendam, citandæ sunt, si verò periculum sit in mora, & tale, quòd si partes ad hác informationem suscipiendam citarentur, de facili ad arma venirent, & scandala orirentur, & tunc informationem de prædictis, ac sequestrationē, non citatis parti-
25 bus, sineq; capitulis facere poterit, cum eo † casu ob periculū moræ à regulis iuris communis semper receditur, Dec. in l. si pacto quo pœnam, nu. 5. & seq. C. de pactis. & in l. iubere cauere, nu. 15. ff. de iurisd. om. iudi. & in Auth. si quis in aliquo, nu. 11. C. de eden. & consi. 125. num. 5. Alex. in l. 1. nu. 5. & ibi etiam Rip. nu. 6. ff. de damno infect. Mars. in l. de vnoquoque, num. 49. & nu. 101. 102, ff. de re iud. Zuchard. in l. fin. nu. 102. vers. cui adde, C. de edicto D. Hadr. toll. Paris. cons. 168. nu. 14. lib. 4. & vt suprà aliàs dixi.

26 Et periculum † non in mora esse censetur, si vnus eorum, qui præparasset ad bonorum defuncti possessionem suscipiendā fœmina, vel non armigerus esset, nā tunc dubium nō erit, quod partes ad arma deuenirent, nec successiuè scādalum tam facilè oriri posset, & proptereà hoc in casu, iudex ad hanc informationē, vel sequestrationem, vel præceptum cōmittere, vel deuenire non potest, nec debet, nisi partibus prius citatis, Paris.

rif.consi.41.num.32.& seq.lib.1.

† Et ille, qui timet prçueniri posse in apprehendendo possessionē, hac vtatur cautela, quòd arma ad possessionē adipiscēdam suscipiat, & vt certo modo procuret, hoc ad iudicis notitiam deducatur, nam tunc iudex statim constito sibi de scandali timore, per informationes, quas ex officio suo nobili recipere tenetur, citata parte, vel non, vt suprà dixi, & prout moræ periculum dictabit, partibus præcipiet, ne illæ accedere debeant ad possessionem accipiēdam sub certa pœna, & ad se possessionem auocabit, fructusque sequestrabit, & hoc modo iste qui præueniri timet, subueniretur, & in pari termino cum eius aduersario manebit, Zuchard.in d.l.fi.nu.102.vers.& ex hoc. 27

† Quam conclusionem non puto veram esse, si vnus illorum ad possessionem prius præuenisset, illamq; apprehendisset, antequàm prçceptum sibi à nuntio daretur, nā si tunc post possessionis apprehensionem, prçceptum sibi porrectum à nuntio fuisset, in iudicio comparebit, allegabitq; se esse possessorem talis rei, & ita declarari, & aduersario suo tantùm præcipi, ne ille in futurum ipsum possessorem in sua possessione molestet, donec discussum fuerit de iuribus ambarum partium in iudicio possessorio, vel petitorio, & iudex habita prædicta informatione per relationem nuncij sibi factam, dictum præceptum aduersario committet, reuocato prius in hoc iudicio summarijssimo præcepto illi comparenti emanato, non obstante, quòd præceptum in iudicio summarijssimo nō reuocari possit, sed in alio sic, cùm à dicto præcepto † reuocatio, & appellatio non permittatur, Spec.in tit.de libel.concep. num.10.Bart.in d.l.fi.col.fina. in princ. & ibi Zuchard. num.362.Cagn.in l.in pari, num.7.in fin.ff.de regul.iur. Sali.in l.1.num.3.prope fin.C.si de moment.poss.Plot. in l.si quando, nu.107.C.vnde vi. Addit. ad cons. Curt. sen.consi.60.colum.fina. Calc.consi.83.num.9.versic. sed & alia, Gramm.consi.2.num.3.& seq.in ciuil. 28 29

†Nec testium quoque reprobatio tam respectu per- 30

ſonarum, quàm dictorum admittitur. Abb. in c. veniens, il. 2. num. 10. de testi. & ibi etiam Feli. num. 13. Dec. in d. l. fin. num. 46. Marsil. in l. de vnoquoque, num. 135. ff. de re iudic. Cagn. in l. in pari, num. 7. in fi. ff. de regu. iur. Marant. in tracta. de ord. iud. in 4. part. distin. 9. nu. 63. maximeque hoc in iudicio summario, præparatorioq; alterius iudicij possessorij, vel petitorij in quo tractatur de momentaneo præiudicio in nulla consideratione habito, meritò si repulsa testium tam respectu personarum, quàm & quorum dictorum non datur, quod ego censeo verum esse de reprobatione, quæ fieret per alios testes contra eos examinãdos, sed quoad dicta, quæ ex inspectione eorundem attestationum contrariarum ipsorum testium comprehendatur, admittitur, & non reijcitur, secùs verò erit, si lis in hoc remedio d. l. fi. contestaretur, nam tunc repulsa testium admitteretur. Zuchard. in l. fi. nu. 256. & seq. C. de edict. D. Hadr. toll.

32 Et licèt testium repulsa † in præparatorio hoc iudicio non admittatur, tamen testes cum interrogatorijs sunt examinãdi, si interrogatoria erunt producta. Zuchard. in d. l. fi. nu. 259.

33 Emanatoque dicto † pręcepto, iudex terminum illi ad possessionem non peruento assignare poterit, vt libellum super iudicio ordinario possessorio, vel petitorio, inchoando det. Castr. consil. 3. nu. 2. in fi. lib. 2. facta prius possessionis ampliatiõe illius, qui ante præceptum sibi datum possessionem apprehenderit. Zu-
34 chard. in d. l. fina. nume. 112. quamuis † possessio illius sit asinaria, tamen in illa confirmatur, & defenditur, dummodò de præsenti in illa sit, saluo iure alteri parti agendi vt suprà, si aliquod ius sibi competat. Plot. in d. l. si quando, num. 96. D. meus Soc. Iun. consi. 146. num.
35 32. lib. 1. sic † ergo benè aduertat ille, qui ad possessionem peruentus est, antequàm præceptum sibi fuerit datum, vt non præcepti reuocationem petat, nam illud non reuocaretur, ac tantum petat declarari, se defuncti bonorum possessorem esse, & in illa se defendi, ad

di, aduersarioque illius præcipi, ne illum in ea molestet, nam tunc iudex sibi constito citata parte, illum esse possessorem, illum quoque pro tali declarabit, & in illa confirmabit, præcipiendo tantùm illius aduersario, vt suprà, Zuchard. in d.l.fina.num.102.versi.& aduertendum.

Vel & dici potest, quòd † preceptum in iudicio summario tacitè hoc modo reuocatur, nam si præceptum heredi scripto in testamento emanatum, & possessor non esset legitimus contradictor, & hæres testamentũ produceret, non abolitum, nec cancellatum, nec in aliqua illius substantiali parte vituperatum, peteretque se in defuncti bonorum possessionem tempore eius mortis penes illum repertorum immitti, si possessor nihil aliud allegat, nisi suam possessionem tantùm, tũc proculdubiò hæredem nõ impediet in possessionem dictorum bonorũ sine alio libello immitti. Zuchard. in d.l.fi. nu.324.& nu.339. Plot.in l.si quando, nu.84.in fi.C.vnde vi.nam tunc libellus, & litis contestatio nõ requiritur.Bar.in d.l.fi. nu.14.& seq. qui ibi à Doctoribus communiter est receptus, vt infrà in materia legitimi cõtradictoris dicam, cùm igitur ita sit, sequitur necessariò, quòd hoc quoque casu, præceptum hoc modo in iudicio summario reuocatur. 36

Vel & secundò dici potest, quòd † præceptum in iudicio summario nõ reuocatur, quando seruatis seruãdis fuisset factum, vt suprà dixi, aliâs in illa semper erimus quæstiõe, quòd sicuti præceptum de facto fuit factum, de facto quoque reuocari debeat. Alexan.in l. de vnoquoque, nu.6. ff.de re iud. Zuchard. in d.l.fi.nu.102.in fi. & nu.109.vers.& sicuti. Deci.cons.366.nu.13. & ita in his terminis est intelligendus Deci. in l.si pacto quo pœnam, num.5. & seq.c.de pact. vbi disputat, quando id præceptum, citata parte, vel non reuocari possit, cùm secundùm receptissimam Doctorum conclusionem regulariter à dicto præcepto non datur reuocatio, nec appellatio, in hoc iudicio summario, sine nouo libello, in ordinario sic, vt suprà aliàs tetigi, 37

ergo,

ergò necessarium est, quòd Dec. in d. l. si pacto quo pœnam, nu. 5. & seq. loquatur, quando præceptum nō seruatis seruandis factum fuisset, vel in alio casu præcedenti procederet, vt suprà dixi, aliàs malè perperamque, & contra communem Doct. opinionem loqueretur, vt suprà ostendi, igitur, &c.

Duobus se poßidere contendentibus, quid Iuris?

†Et si duo possidere contendunt, vnusque illorum
38 dicat se possidere, & in possessione esse, pariterque alius se in possessione asserit esse, & negat aduersarium possidere, & alius econtrà replicat, & hoc modo vnus alium turbat, nemoque ex istis vult cōtra alium libellum dare, ac offerre & se actorem constituere, iudexque sciat periculum esse, ne partes ad arma deueniant, scandalaque inter eos oriantur, ob informationes à iudice susceptas, tam de verisimili timore scādali, citatis partibus, vel non, prout moræ periculum dictabit, habitaque incōtinenti informatione, quis horum duorum in possessione de præsenti sit, si possessio etiam asinaria esset, illum possessorem in ea manu tenebit, præcipiendo sub pœna aduersario, ne in futurum dictum possessorem in dicta possessione sua molestet, neque ad eam accedat, saluo & semper reseruato sibi iure agēdi ordinariè, tam in possessorio, quàm in petitorio, si aliquod ius sibi competat, Specul. in titul. de libel. concep. num. 14. Bald. in l. fin. num. 10. circa medium. C. de edict. diui Hadria. tollen. & ibi etiam Dec. num. 7. & Zuchar. nu. 3. Plot. in l. si quando, nu. 96. & nu. 99. C. vnde vi. Cagn. in l. in pari, nu. 7. ff. de regu. iur. Gram. cons. 64. in ciuil. D. meus Soc. Iun. cons. 146. nu. 30. & 32. lib. 1.

39 †Et non eo iudex casu, ob armorum timorem ad desperatum sequestrationis remedium deuenire debet, cùm possessorem de præsenti in sua possessione conseruare tenetur, alteri aduersario illum in ea turbanti, præcipiēdo, eo modo vt suprà dixi, Bal. in d. l. fi. sub nu. 10. circa med. Ias. in l. quidā existimauerunt, nu. 4. ff. si cert. petat. Capi. decis. 96. nu. 11. & decis. 13. & ibi quoque Addit. Paris. consil. 41. nu. 35. libr. 1. nec eo tunc

casu

casu ob periculum armorum à iuris tramitibus receditur, Bal. in l. æquissimum. ff. de vsufr. & in l. 1. col. 2. & seq. de sequestr. poss. & fruct. Alex. in addit. ad Bart. in l. si vsusfructus. §. sed si inter duos. ff. de vsufru. Guid. Pap. quæst. 246.

† Quæ conclusio procedit, nisi possessio de præsenti ab ipso possessore per vim vel clam fuisset occupata. nam tunc ille, qui possessionem habuisset anteriorem, illamque probaret, huic nouo possessori præferretur, cùm ille nouus possessor potius occupator, alteriusque possessionis turbator, quàm possessor, censeretur, meritò si eo in casu, Iudex dicto occupatori nouo præceptum relaxaret, actoremque illum constitueret, cum reserua de qua vt suprà, Zuchar. in d. l. fin. num. 112. Plot. in d. l. si quando, nume. 99. vers. fallit, Paris. cons. 37. num. 18. lib. 3. & præsertim si possessionem de præsenti per vim vel clàm accepisset, aliàs si non de præsenti sed ex interuallo, secùs erit. Plot. in d. l. si quandò, num. 99. in fi. nam † quandò possessor antiquior tolerasset alium recentiorem eo possedisse, illeque adhuc nouus possessor in possessione de præsenti reperiretur, eo in casu, hic nouus possessor in iudicio hoc merò possessorio summarioque antiquiori præfertur, Dec. in c. licet causam, num. 9. vers. & prædicta, de probat. Paris. cons. 112. nume. 75. & seq. lib. 1. D. meus Soc. iun. cons. 146. nu. 31. libr. 1. cùm possessor asinarius, iniustusque in sua possessione contra nō possidentem defenditur, D. meus Soc. iun. d. cons. 146. nume. 32. & vt suprà dixi. 40 41

† Si autem vterque illorum probaret se de præsenti possidere, in possessioneque esse, vnusq; eorum possessionem præsentem antiquioremque etiam probaret, tunc reor, quòd ille, qui possessionem antiquiorē, vltra possessionem recentiorem, & de præsenti, probaret, alteri præferatur, reusque constituatur, aduersariusque actor, præcipiendo actori eo modo, & cum reserua iurium suorum, vt suprà dixi. Capi. decis. 209. num. 2. & seq. Zuchar. in d. l. fi. nu. 112. vers. sed si adhibita, 42

bita,Plot.in d.l.si quando,nume.100. Castr.cons.3.col. 2.prope fin.lib.2. cùm melius probabit possessionem vtranque possessionem probando, videlicet antiquiorem,recentioremque,meritò si ille ita probans reus constituatur,& alius actor, Curti.Sen. in addit. sua ad cons.60.

43 Et in hoc termino † censeo, benè fuisse loquutos Castr.Curt. Sen. & Zuchardum iam præallegatos, & omnes alios suos sequaces hanc propositionem tenentes,videlicet,quòd ille qui possessionem probat antiquiorem, in hoc iudicio summario alteri recẽtiorem tantum probanti præfertur,dico, quòd illi Doctores sunt intelligendi quãdo vltra possessionem antiquiorem,recẽtioremque,ac de præsenti probaret. nam ille tunc ita probans, reus à iudice declaratur, & suus aduersarius actor, cum reserua,præceptoque, eo modo, vt suprà dixi,aliàs si dicti D.d. in alijs terminis,& alio modo intelligerentur, de directo essent contra aliam communem Doctorum præcedentem. quæ est, quòd quamuis possessor de præsenti iniustus,& etiam asinarius sit,in sua defenditur possessione, & reus cõstituitur, & alius tantùm possessionem antiquiorem probans actor, eique præcipitur cum reserua, & eo modo,vt suprà dixi,D.meus Soc.Iun.d.consi.146.num.32. Plot.in d.l.si quando,nu.99. & vt in præcedenti arti-
44 culo tetigi,& comprobaui. quare † ne hæc contrarietas nascatur, quæ omninò est effugienda, si commodè fieri potest, l.vbi repugnantia, & ibi Scribentes.ff.de
45 regu.iur.& correctio † huius communis opinionis,vt per Scribentes in Auth.quas actiones.C.de sacrosanc. eccl. necessariò cogimur fateri, hos Doct.esse intelligendos,& distinguendos, vt suprà tetigi, & ideò ille, qui vtranq; probat possessionem,videlicet, antiquiorem,& illam de præsenti,reus constituitur, & alter actor, si possessionẽ de præsenti tantùm ille actor pro-
46 baret, vt suprà dixi, attento † quòd possessio iunior præsumitur clandestina, & non illi prodest possessori possessionem tantùm recentiorem probanti, contra alium

alium possessionem antiquiorem, recentioremque, & de præsenti probantem. Felin. in c. licèt causam, nu. 9. & ibi etiam Dec. num. 9. vers. tertiò de probat. Maran. in tract. de ord. iud. in 4. par. distinct. 7. num. 17. Alcia. in tracta. præsumpt. regula 2. præsumpt. 21. num. 14. Paris. consi. 112. nume. 73 lib. 1. & cons. 126. nume. 2. & seq. lib. quarto. D. meus Socin. Iun. consi. 146. num. 30. lib. 1. Roland. consil. 46. nume. 41. libr. 2. Plot. in d. l. si quando, nume. 100.

Nec eo tunc casu possessori † tantùm possessionem recentiorem alleganti, probantique, titulus patrocinatur, contra antiquiorem possessorem vltra possessionem antiquissimam, quoque hanc recentissimam, & de præsenti probantem. Dec. in d. c. licèt causam, nu. 9. vers. & ista conclusio, & cons. 302. nu. 8. Alex. cons. 88. nu. 12. lib. 5. nam ille † titulus stante antiquiori possessione aduersarij ab iniusto censetur auctore habitus, nec possessori possessionem tantùm de præsenti probanti, cōtra possessorem antiquiorem vltra possessionem de præsenti probantem prodest. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. distin. 7. sub num. 17. Plot. in d. l. si quandò, num. 100. Rub. consil. 4. num. 12. & seq. D. meus Soc. Iun. consi. 146. nu. 30. lib. 1. 47 48

Quam cōclusionem † puto de iure esse veram, si possessor antiquior articularet aduersarium, vi vel clàm suæ antiquioris respectu possessionis possidere, aliàs antiquior possessor succumberet. Bart. qui cōmuniter est receptus in l. si de eo. §. si seruum, nu. 4. ff. de acquir. poss. Dec. in c. licèt causam, nu. 9. versic. & supradicta, de probat. Plot. in d. l. si quando, nume. 100. Marant. in loco proximè allegato, vt suprà. Alex. consil. 110. nu. 4. lib. 1. Rub. consil. 4. sub num. 12. D. meus Socin. Iun. consil. 146. nume. 36. lib. 1. & hæc est communis Doct. opinio nemine reluctante, vt per Crau. consil. 258. num. 23. neque sufficit † simpliciter dicere, vt clàm possederit, nisi & quoque ipse adijciat expressè respectu suæ antiquioris possessionis. Bar. in d. §. si seruum, num. 4. D. meus Soc. Iun. d. cons. 146. nu. 36. 49 50

Et

51 †Et quamuis soleat dici, vt ille qui titulatam habeat possessionem, iura tanquam potiora habens, alio non titulatam habenti præferatur, Felin. in d.c. licèt causam, sub num.9. vers. quarta causa, Alex. consi.76. nu.5. lib.2. Calcan. consil.36. num.19. Paris. consi.112. num.79. libr.1. tamen ego vtique censeo id esse verum, quando probationes in tempore, in cæterisque hincinde pares sint, Bart. in d.§. si seruam, num.3. Deci. in d.c. licèt causam, num.9. vers. quartò, & ibi etiam Felin. in d. versic. quarta causa, Rip. in l. naturaliter. §. nihil commune, num.99. & seq. ff. de acquir. poss. Marant. in tract. de ordi. iudi. in 4. part. dist.7. sub nu.17. & nu.19. Paris. consil. 112. num.79. lib.1. Berous quæst. suis famil. q.71. num.5. & num.6. secùs verò erit, si probationes non æquales sint: quia vnus probat se de præsenti possidere, & pro tempore quoq; præterito possedisse, & sic antiquiùs, & alius tantùm de præsenti, sed cum titulo, non hoc in casu, titulus eidem patrocinatur, contra illum vtramque possessionem, videlicet, antiquiorem, & de præ-
52 senti probantem, & præsertim † hoc in iudicio tam summarijssimo, meroque possessorio, in quo regulariter non dominij exceptio admittitur, Alexan. consi.45. numer.8. libr.3. Addit. ad decis. Capic. 13. numer.1. & sequen.

53 Et hæc conclusio † proculdubiò procedit, quando post possessionem recentiorem titulum haberet, alias si cōtrarium diceretur, sequeretur vt possidens de recenti fingeret rem sibi per alium alienari, vel donari, & titulum supponeret, & tamen ille titulus sibi post possessionem alterius anteriorem habitus, nō sibi hoc in iudicio possessorio tam summario proderit, ad constituendum illum reum, Alexan. cons.88. num.12. in fin. lib.5. Crauet. consil.258. num.21. prope finem. benè autem fateor, quòd ille, qui possessionem cum titulo recentiorem probaret, & se ab isto antiquiori possessore titulum habuisse, tunc ille nouus possessor cum titulo reus constituitur, & præceptum antiquiori possessori fit, cum reserua, vt suprà, Marant. in tracta. de ord.

ord.iud.in quar.part.distin.7.num.18.ratioq; in promptu est, nam hoc vltimo casu possessor antiquior non probat hunc nouum possessoré cum titulo vi vel clàm respectu suæ antiquioris possessionis possidere, prout de iure necessario requiritur, vt suprà tetigi. cùm igitur id nullo modo probari possit, existēte eo, quòd nouus iste possessor titulum ab antiquiori possessore habuit, sequitur concludenter vt iste nouus possessor, & cum titulo possidens suam magis iustificat possessionem, quàm antiquior possessor, meritò si in illa quoque possessione à iudice defendatur, & reus constituatur, & præceptum fiat aduersario cum reserua vt suprà.

Immò plerique † censuêre, quòd quando possessor quoque de recenti publicè, palamque titulum habuisset, in possessionemq; ingressus fuisset, quòd tunc istè nouus quoque possessor, reus constituitur, in suaque possessione defenditur, cum eo in casu dici non potest, clàm vel vi, possedisse, D. meus Soci. Iun. cōs.146.nu.33. & seq. lib.1. & præsertim si probauisset se ignorasse, tertium antiquiùs possedisse, Crauet. cons.258. sub nu. 22. vers. aduertendum. 54

Vel & quoque dici potest, † quòd in hoc summario iudicio, ille reus constituitur, quia vltra possessionem recentiorem, præsentemque titulum suæ possessionis probauit, dummodo alius nō probauerit se antiquius possedisse, sed tantùm simpliciter possessionē de præsenti, cùm in cæteris paribus ille vincit, qui titulum habet, Bart. in l. si de eo. §. si seruum, num.3. ff. de acquir. poss. Deci. in c. licèt causam, nu.9. vers. quartò, de probat. Rip. in l. naturaliter. §. nihil commune, nu. 100. ff. de acq. poss. Berous quæst. suis famil. q.71. nu.6. meritò si eo in casu, præceptum fit vt suprà, illi non habenti titulum, neque possessionem antiquiorem probanti, Plot. in d. l. si quando, nu.100. in fin. reusque constituatur probans possessionem de præsenti & titulatam, vt suprà dixi. 55

Si verò extra prędictos casus simus, et iudex nescire 56

possit quis horum duorum in possessione sit, periculumque in mora reperiatur, ne partes ad arma deueniant; tunc possessionem simul cum fructibus penes se auocabit, & vtrique parti sub pœna præcipiet, ne ad hanc in futurum possessionem accedant, donec ordinariè super possessorio, vel petitorio, de iuribus eorum in dicta re cognitum fuerit. Bald. in l. fi. nu. 10. circa medium, & ibi etiam Zuchard. num. 112. in fin. C. de edict. Diui Adria. tol. Ias. in l. quidam existimauerunt, num. 4. ff. si cer. peta. Rip. in l. 4. §. hoc autem iudicium, num. 19. ff. de damn. infect. Cagnol. in l. in pari, nu. 7. ff. de regu. iur. Plot. in l. si quando, num. 95. C. vnde vi. Capic. decis. 13. & ibi quoque addit. num. 1. Alexan. cons. 7. num. 12. lib. 5. Curt. Sen. consil. 60. in addit. col. fin. circa medium, subdens † ibi, quòd si vna ambarum partium
57 institerit dictum præceptum reuocari, non sine nouo libello audietur, sed declara, vt suprà dixi, & vsq; hic, fuit tractatum quando partes possessionem extraiudicialiter apprehenderunt.

58 Si hæres verò iudicis auctoritate in † bonorum possessionem testatoris penes cum repertorum tempore eius mortis immitti voluerit, sufficit testamentum iudici porrigere, non abolitum, nec cancellatum, neque in aliqua substantiali parte vituperatum, & tunc hæres sine libello in possessionem immittitur: quia iudicis officium in testamenti executione liquidi imploratur, & illa qualisqualis petitio sine libello operatur, & ita seruat communis practica Bart. in l. fi. nume. 14. & seqq. C. de edict. Diui Hadria. tollen. nam quando in executiuis iudicis officium imploratur, non libellus requiritur. Iason in l. nec quicquam. §. vbi decretum, nume. 74. ff. de off. procons. Rip. in l. 4. §. hoc autem iudicium, num. 107. in fin. ff. de dam. infect. Zuchard. in l. fin. num. 247. C. de edict. Diui Hadr. toll. Cagn. in l. vnica, num. 67. ff. si quis ius dicenti. Vant. in tract. de nullit. in titu. ex defectu process. nu. 51. & seq. D. meus Soci. Iun. cons. 75. num. 1. lib. 2. vbi asserit hanc esse cōmunem Doct. opinionem, sed qualis qualis petitio

titio sit, quæ in scriptis redigitur, †cũ in iudicijs quantumcunque summarijs requiritur petitio viua voce in scriptis redigenda. Abb. in c. sum super, nu. 31. & seq. ff. de re iud. Bar. in d. §. decretum, nu. 6. & ibi etiam Ias. nu. 74. Aret. in §. quadrupli, nu. 29. Insti. de act. Dec. in l. fin. num. 13. & ibi quoque Zuchard. nu. 246. C. de edict. D. Hadr. toll. Marsil. in l. de vnoquoque, nu. 136. ff. de re iud. & in pract. sua crimi. in §. opportunè, nu. 70. Alex. consil. 50. nu. 6. lib. 2. 59

Et aduertas tu hæredis procurator, † quòd illa qualis qualis petitio ab initio dari debet, antequàm probationes fiant, cùm articuli super petitione, & nõ econtrà fundantur. Castr. consil. 454. nume. 3. libr. 1. in nouis. 60

Alij verò hanc † existimauêre opinionem esse verã, contradictore nullo existente, sed secùs est, legitimo contradictore apparente, nam tunc secundùm cõmunem Doct. conclusionem libellus offertur. Spec. in tit. de libel. concep. num. 20. non obstante quicquid dixerit Bart. in d. l. fi. num. 14. vt tradit Alex. in d. l. fi. nu. 15. & ibi etiam Ias. nu. 17. Deci. nume. 32. Curt. Iun. num. 6. Zuchard. nu. 245. & 251. Aretin. in §. quadrupli, num. 31. Inst. de actio. nam secundùm iuris regulam, siue aliqua actione, siue iudicis officio agatur, libellus semper offertur, si legitimus appareat cõtradictor. Pract. Papië. in form. libell. quo pet. hæred. ex testam. in glo. quare cum, siue iudicium sit summarium, siue non, dummodò sententia ferri petatur. Aret. in §. prætereà, num. 21. vers. quæro, Inst. de act. ratioq; in promptu est, nàm legitimo contradictore apparente, res in hæredis fauorem non erit liquida, meritò si tunc libellus requiratur, secùs verò est, contradictore non apparente: quia res est liquida, & tunc non libellus requiritur. Dec. in l. iubere, nu. 17. ff. de iurisdict. omnium iud. Alex. in l. intra dies, nu. 7. & ibi etiam Rip. nu. 3. in fi. ff. de re iud. & idem Rip. in l. 4. §. hoc autem iudicium, num. 106. & seq. ff. de damno infecto. 61

Sed ego hanc puto conclusionem esse † veram; 62

 quan-

quando iudicis officium imploratur, in modumq́ue actionis proponatur, plenumq́ue aduerſario præiudicium inferatur, quod erit, ſi legitimus extaret contradictor, & cum cauſæ cognitione, ordinarieq́ue procedatur, & tunc libellus requiritur. ſi verò modicũ parti præiudicium generatur, ſemiplenaq́ue requiratur cognitio, prout eſt, quando non legitimus extat contradictor, vel extat. & ſummariè procedatur, prout erit in caſibus, de quibus dicam in materia legitimi contradictoris, & tunc libellus non eſt neceſſarius, ſed qualis qualis tantùm petitio, quæ in ſcriptis redigatur. hancq́ue diſtinctionem approbat Abb. in c. cùm ſuper, nume. 31. & ſeq. de re iudic. Bart. in d. §. vbi decretum, nume. 6. qui communiter ibi recipitur, vt per Iaſonem ibi, nume. 72. & ſequ. & idem Iaſ. in §. ſupereſt, num. 67. Inſtitut. de actio. & in §. tripli, nume. 29. & ibi quoque Aretin. num. 5. Inſtit. de act. Alexand. in l. intra dies, num. 4. & ſeq. ff. de re iudic. vbi aſſerit, quòd Bart. in hoc communiter eſt approbatus, hancq́ue ſecutus fuit opinionem Rip. in l. 4. hoc autem iudicium, num. 106. & ſeq. ff. de dam. infect.

63 Et quamuis † Zuchard. in d. l. fin. num. 251. & ſeq. dicat, quòd in cauſis quoque celeritatem requirentibus, libellus requiratur, tamen, nòn hoc ſibi locum vendicet, hoc in iudicio poſſeſſorio, in caſibus ſummariè cognitionem requirentibus, exiſtente quoque contradictore, vltimę voluntatis fauore, nã tunc cognitio ſummarijſſimè fit, & abſque libelli porrectione proceditur, Zuchard. in d. l. fi. nu. 317. & ſeq. aliâs, ſi Zuchard. in alio loco allegatus intelligeretur hoc modo, eſſet ſibimet contrarius, & in nihilo ſibi crederetur, l. eos. ff. de falſ. hæc igitur ſua omninò contrarietas remoueatur, prout diſtinctiõe fieri debet, vt per Cagn. in l. vbi repugnantia. ff. de regu. iur. neceſſariò cogimur fateri, illum eſſe diſtinguendum, intelligendumq́ue, vt ſuprà concludendo de iure eſſe dixi.

64 Et tu hæredis ſemper procurator † aduertas, quòd antequàm quis pro contradictore admittatur, ad hoc,

vt

vt hæres sibi libellum porrigat, quòd tu illum negas contradictorem esse: quia ille teneretur se docere talem esse, antequàm ei detur libellus, vel petitio qualis qualis, secundùm casus occurrẽtiam (vt suprà dixi) in scriptis à notario redacta, cùm interim non de eius interesse constaret, prout de iure requiritur, ad hoc, vt legitimus dicatur contradictor, meritò si hoc in casu, nõ audiatur, non de eius interesse probato, l.1.ff.de appell. cùm in iudicijs † quantumcunq; summarijs, persona semper legitimanda sit, Alex.post Bart. & Sali.in l.2.nu.5.C.de edict.D.Hadr.toll. & idem Alexan.in l.à Diuo Pio.§.si super rebus, num.3.ff.de re iudic. Felin. in c.veniens, il.2.sub num.14.de testi.Ias.in rubrica.C. qui admitti.num.1.& sequ.Dec.in l.fin.num.47. & ibi etiam Zuchard.nume.253. C. de edicto Diui Hadriani toll.Cast.consil.59.num.2.lib.1. Alexan.consil.59.nu.2. lib.2. & ibi addit.Paris.consi.11.nume.2.lib.2. Vant.in tractatu de nullit.in titul.ex defectu inhab.seu mand. compar.nume.3. Roland.consil.46.nume.2.& sequen. lib.2. 65

Et † licèt quoad legitimationem personę, probationes perfectè concludere debeant, & plena in his quoque summarijs iudicijs probatio requiratur, Dec.in l. fi.nume.47.C.de edict.D.Hadr. tollen. Paris.consil.11. num.2.lib.2.tamen quoad constituendum se contradictorem, & ad suum interesse probandum, semiplena sufficit probatio, & non per iuramentũ interesse probatur, Bart.in l.à Diuo Pio.§.si super rebus, in princ. ff.de re iud. Felin.in c.quod ad consultationem, nu.20. circa medium, de re iud.Marant.in tract.de ord.iud.in 4.par.dist.9.nu.62. 66

Neque illa semiplena probatio requiritur, quæ sit multum stricta, & necessariò cõcludens, apparens autem tantùm requiritur, ad constituendum se contradictorem, cùm de modico hic agatur præiudicio, parùm duraturo, momentaneoque, in nulla consideratione habito, inuentoque ad prorogandum immissionem, non autem ad eam tollendam, meritò si semiplena

probatio, apparensque tantùm de suo interesse sufficit. Abbas in c. veniens, el. 2. nume. 9. & ibi etiam Felin. nume. 13. & sequen. de testib. & idem Felin. in c. cùm super, num. 16. de re iudicata. Dec. in l. fina. nume. 45. & ibi etiam Zuchard. num. 254. C. de edicto Diui Hadriani tollen. Marant. in tracta. de ord. iudi. in quarta part. distinct. 9. num. 62. Vant. in tract. de nullit. in titu. quis poss. dic. de nullita. num. 24. Roland. consil. 1. nume. 31. lib. 1.

67 Neque replicatio, seu † tituli exceptio nullitatis contra cōtradictorem admittitur, cùm de modico hic praeiudicio tractatur. Felin. in d. c. veniens, el. 2. nu. 13. in fin. nisi instrumentum vitium in se visibile habeat, quod ex eius inspectione colligitur, nam tunc nullitatis tituli exceptio procul dubiò admittitur. Zuchard. in l. fi. nu. 255. C. de edict. Diui Hadr. tol.

68 Si verò † heres non negaret, petentem libellum sibi offerri legitimum esse contradictorem, tunc tacitè illum pro cōtradictore admitteret, & in eo casu libellum offerre teneretur. Bald. in l. fi. num. 10. & ibi etiam Zuchard. nume. 253. C. de edicto Diui Hadria. toll. quare igitur haeredis procurator semper cautus sit, vt neget illum esse contradictorem, ad hoc vt oppositor in probatione grauatur, & suum saltem interesse apparens probat, vt suprà dixi.

69 Et si quis † ad haeredis instantiam simpliciter citatus sit, dico quòd per huiusmodi citationem haeres eum pro contradictore admitteret. Barto. in d. l. fi. col. fi. versicu. quandoque, & ibi etiam Bald. num. 42. Alex. col. 8. in fi. Ias. num. 24. Deci. nume. 45. Curt. nume. 73. & Zuchard. num. 358. Felin. in c. cùm inter, nume. 11. & ibi etiam Decius nume. 16. de exceptio. Vant. in tracta. de nullit. in tit. quis poss. dic. de nullit. num. 22. nisi si citatus sit, si sua putat interesse, quoniam hoc in casu, iste ita citatus, nō censetur habilitatus, & per consequens suum ingresse (saltem apparens) probare tenetur. Aret. in §. quadrupli, nume. 29. in fin. Insti. de act. Ias. in l. nec quicquam §. vbi decretum, nume. 18. & sequen. ff. de

de offic.proconf. Feli.in d.c.cùm inter,nu.12. & ibi etiam Dec.nu.16.Cagno.in l.diffamari,num.15.C.de inge.manumiff. Zuchard.poft fcribentes ibi in d.l.fi.nu. 369.Thom.Ferrat.caut.205. Capic. decif.8.nu.2. & feq. Afflic.decif.2.nu.9.& decif.24.nu.7.Alcia.in tract.præfumpt.regula3.præfumpt.3.nu.3. Roland. confi.29.nu. 8.& feq.lib.2.

Et fi citatus ita conditionaliter communicatus fit,non per hanc citationem habilitatus cenfetur,cùm fit reus voluntarius & non neceffarius.Feli.in c.fi.fub num.6.de fid.inftr.Deci.poft Felin.ibi.in c.cùm inter, nume.16.de except.Iaf.in l.fi.num.24. & ibi etiam Zuchard.fub nu.369.C.de edic.Diui Hadr.tol.Rom.conf. 342.fub num.6.Roland.confi.29.num.7.& feq.lib.2.fecùs verò erit, fi fimpliciter citatus fit, nam tunc per hanc fimplicem citationem cẽfetur habilitatus, etiam fi fit feruus, vel religiofus vel filiusfamilias, qui fine fuorum fuperiorum confenfu in iudicio regulariter ftare non poffunt,& tunc proculdubiò fi ifte fimpliciter citatus fit,vnus eorum ad excipiendum,& ad fe defendendum admittitur. Vant. in tractatu de nullit.in titu.quis poff.dic.de nullit.nume.30. & feq.quare igitur tu Caufidice caueas, ne fimpliciter quem citari facias, fed cum conditione allegata. immò Zuchard. in d.l.fi.num.360. † dicit,quòd tutius fit, vt citetur, fi ius habeat comparendi, & fi intereffe quoque habeat, vt ibi clarè per eum. 70

Et aduertat quoque † benè hæredis procurator, quòd in citatione conditionaliter emanata, non hæc addatur comminatio, videlicet, quòd fi citatus in termino fibi affignato non comparuerit, contra eum in eius contumacia procederetur. nam illa citatio ob infertionem comminatoriam alterata cenfetur,& habetur,tanquàm fi citatio fimpliciter emanata fuiffet.Capic.decif.8.num.4. Roland.confi.29.num.18.lib.2.benè autem verum erit, quòd fi citatus cum comminatione prædicta effet contumax, contra illum abfque alia citatione procederetur.Iaf. in l.fancimus,nume.11.C.de 71

iud. Decius in c.1.numer.26.versicu.2.limitatur, de iudic. Marsil.inf. de vnoquoque numer. 111.ff.de re iudic. Cagnol.in l. diffamari, numer.16.C.de inge.manumiss.

72 Et si † citatus cum comminatione, quòd non comparendo in tali termino in citatione inserto iudex illum non ampliùs audiet, dico, quòd si citatus erit contumax, & in termino nõ comparuerit, regulariter ampliùs comparendo, non auditur, cum eo in casu non alia fuit opus declaratione. Aretin.in rubric.Instit.de except. nume.30.versicu.aduertas tamen. Cagnol.in l. diffamari, sub numer.16. & 18. & sequen.C. de ingen. manumiss.

73 Si absque verò comminatione allegata † simpliciter citatus fuerit, & quòd sit contumax, postque iussum, ante autem immissionem compareat, re adhuc integra existente, auditur, expensis autem prius hæredi refectis, iuxta formam auth. & qui iurat in fi.c.de bon. auth.iud.possid. Bart.in d.l.fi.col.fi. versi. quandoque tempore, & ibi etiam Zuchard. post alios num.363. & 367.C.de edict.Diui Hadria.toll.nam & quoque videmus, quòd in casibus, in quibus trina requiratur citatio, si in prima, & 2.citatus non compareat, in tertia autem citatione sic, non auditur, nisi expensis prius refectis. Alex.in l.contumacia, num.18.ff.de re iud. Ias.in l.sancimus, nu.18.C.de iudi. Cagn.in l.vnica.§.is videtur, nu.21.ff. si quis ius di. non obtemper. ità ergo & in proposito nostro dicendum est, etiam si contumax minor, vel ecclesia sit. Ias.in d.l.sancimus, nu.7. ratioque est, nam illæ expensæ ob iudicis contemptum debentur, & iudex suum parte quoque nõ petente officium impartiri potest. Ias.in d.l.sancimus, nu.7.amplia.Deci.in l.edita, nu.95.C.de ed. ita quòd si vnus deficeret denarius, contumax non audiretur, nisi eo prius soluto. Ias.in d.l.sancimus, nu.7.vers.octauò.Marsil.in l.de vnoquoque, nu.198.& sub.num.200.ff.de re iud. Deci. consi.34.nu.6.& in d.l.edita, nu.94.

74 Et præsertim si expensæ sint † taxatæ, realiter sunt soluen-

ſoluendæ,nec in hoc caſu depoſitum ſufficit, Iaſ. in d. l.ſancimus, nu.14.verſ.ſed occurrit,Dec.conſ.34.num. 6.ſecùs verò erit,ſi non à iudice eſſent taxatę,& liquidatæ,nam tunc verbalis oblatio cum fideiuſſore ſufficit,Iaſ.in d.l.ſancimus,num.13.& ſeq.Decius in d. l.edita,num.94.

Ex quibus reſultat concluſio clara, quod citatus ſimpliciter,ſi ſit contumax,& poſt iuſſum, ſed ante immiſsionem compareat,auditur,expenſis tamen prius hæredi refectis,Dd.communiter præallegati vt ſuprà.

75 Et ita † tenendo non obſtat (ni fallor) text. in l. ſi eo tempore,C.de remiſſ.pignor.nam dico, quòd d.l.ſi eo tempore,ibi non ſimplex præceſſerat citatio,ſed admonitio, videlicet quòd intra certum tempus ágere deberet. quę admonitio(ſubſiſtente cauſa)ſic fieri poteſt,Dec.in l.fin.ſub num.47.& ibi etiam Zuchar.num. 369.& ſeq.C.de edict.Diui Hadr.toll. Cagnol.in l.diffamari,num.6. C.de ingen.manumiſſ.& fortius,nam ibi,in d.l.ſi eo tempore,admonitus, nō in termino, nec re integra exiſtente, comparebat, quia alienatio iam perfectè facta erat, taliter quòd in tertij præiudicium retractari non potuit. mirum igitur non eſt, ſi elapſo termino,exiſtenteque alienatione,talis admonitus nō fuit auditus, etiam offerendo expenſas reficere, & ita loquitur in his terminis d.l.ſi eo tempore, vt quoque declarat Zuchard. in d. l. fin. num.371. ſed in caſu concluſionis noſtræ præallegatæ,res eſt integra, quia ante actualem immiſsionem,cótumax comparet, neque de tertij præiudicio tractatur, prout fit in caſu d. l. ſi eo tempore, meritò ſi hoc in caſu contradictor contumax(expenſis refectis)audiatur,Dd.communiter prę-allegati vt ſupra,qui de caſu d. l. ſi eo tempore, tanquā ex diuerſo,non benè ad caſum noſtrum infertur l. Papin.exuli,ff.de min.

Neque quicquam dictæ concluſioni obſtat dicere, quod text.in d.authen.at qui iurat, in princ. loquatur, decreto interpoſito, vt quis tædio affectus veniat reſponſurus.nimium igitur eſt,ſi in dicto caſu expenſis

refectis audiatur, cum ad hunc finem factum ita fuit, vt ille in iudicio veniat, quòd non sic est in casu nostro, igitur, &c. ita arguit Zuchard. in d. l. fin. sub num. 363. & deinde ibi subdit, & dicit, cogita, quia alij non dicunt.

Sed in effectu ipse Zuchar. in d. l. fin. sub num. 363. melius sentiens, tenet, quòd contumax refectis expensis audiatur, sed post iussum, ante immissionem compareat.

76 Sed ratione argumenti in † contrarium allegati, per Zuchard. in d. l. fin. num. 363. sic ego vtique respondere possum, & dicere, in iure satis compertum esse, contumacem omni in casu sic audiri debere expensis prius refectis, l. sancimus, & ibi Scribentes communiter, C. de iudic. quæ lex non in primo tantum decreto loquitur interposito, verùm in omni generaliter casu, ergo & generaliter intelligi debet, l. de pretio, ff. de public. cum similibus: dummodò re integra existente compareat, vt dicit expressè d. Auth. at qui iurat, ibi. si redierit antequam prosequatur causam, resarciat omne dānum actori: & hæc fuit ibi ratio, nam re existente integra, contumax auditur, refectis prius actori expensis. quæ ratio in nostro præsenti casu militat, cum res integra existat, comparendo post iussum, sed ante immissionem. ergo idem ius debet esse, l. illud, ff. ad legem Aquil. l. quidam, §. nummularios. ff. de edend. secùs verò erit, si post immissionem contumax compareret, nam tunc non audiretur, ex quo res non erit in-
77 tegra, d. l. si eo tempore, & † executio excludit id quod transitus in rem iudicatam non excludit, Zuchard. in d. l. fin. num. 367.

78 Quæ conclusio sibi locum quoq; † vendicet, si conditionaliter citatus fuisset, videlicet, si sua putat interesse, vel ius comparendi habeat, nam non in termino comparendo, & post iussum, sed ante immissionem, nō auditur, nisi prius hæredi expensis resarcitis, iuxta d. l. sancimus, & d. Auth. at qui iurat.

79 Nec prædictæ quicquam opinioni † obstat dicere, vt iste

vt iste ita citatus, si sua putat interesse, non comparendo, non dicatur contumax, iuxta doctrinam Felin. in c. cum inter, nume. 12. circa medium, extra de except. si non contumax igitur, ergo non refectis quoque expensis auditur, Zuchard. in d. l. fin. num. 364. vbi gloriatur se detegere istud dictum, & dicit ibi, pulcherrimum esse.

80 Verùm in hoc (meo quidem iudicio) ipse † Zuchar. valdè decipitur, bene ego autem fateor, quòd ille ita citatus non contumax dici potest, non in termino in citatione assignato comparendo, & ad hunc saltem finem vt contumax in expensis condemnari possit, Romanus consi. 342. sub nume. 6. ratioque in promptu est, nam ita citatus reus voluntarius, & non necessarius est, Roman. vt suprà, Felin. in d. c. cùm inter, num. 12. & ibi etiam Dec. num. 16. & vt aliàs suprà tetigi. si reus igitur voluntarius sit, meritò non comparendo non dicitur contumax, & ideò in expensis non condemnatur, sed non sic est, quando reus sit necessarius & contumax: quia tunc à iudice in expensis condemnatur, quãuis actor in libello id non peteret. Iason in dicta l. sancimus, nume. 7. versicu. duodecimò. immò, si iudex omitteret contumacem in expensis condemnare de suo resarcire tenetur, d. l. sancimus, ibi. scituris, & ibi Ias. num. 21. sed ille ita conditionaliter citatus, est reus voluntarius, vt suprà dixi, meritò si contumax erit non in expensis condemnabitur, Roman. consi. 342. sub nume. 6. sed hæc consequentia non valet, iste ita cõditionaliter citatus, non in expensis (si erit contumax) condemnatur, ergo comparendo, si contumax sit, & ante immissionem, sed post iussum compareat, vt audiatur, nisi expensis prius refectis, iuxtà d. Authent. at qui iurat, & d. l. sancimus, aliàs, si ille ita citatus, absque expensarum refectione audiretur, sequeretur, vt ille modus citandi qui ad actoris fauorem à Doct. mediantibus iuribus adinuentus fuit, in eius damnum redundaret, contra l. quòd fauore, C. de legi. & hęc citatio nihil operaretur contra l. si quando, ff. de leg. 1. c. si Papa, de priui-

priuileg.in 6. ad hoc, vt igitur dicta citatio aliquid operatur, necessarium est fateri, illum ita citatum & cõtumacem vt suprà, non audiri debere, nisi refectis prius expensis, iuxtà d. Authent. at qui iurat, & d. l. sancimus.

81 Suadenteque hac ratione, † nam si sic citatus non cõpareret, in expensis non condemnaretur, & ille in hoc est priuilegiatus, non tamen dici debet, vt quoque priuilegiatus sit, & comparendo vt suprà, audiatur nisi expensis prius resarcitis, cum priuilegia & specialia non multiplicari debent, l. quod verò, ff. de legib. iuncto c. priuilegia, tertia distinct. D. meus Socin. Iun. consi. 12. num. 16. lib. 2. imò in dubio à regula communi nõ est recedendum, vt per glo. in l. omnis diffinitio, ff. de reg. iuris. Dec. cons. 5. num. 2. & cons. 104. num. 3. si ergo ita sit, & regulariter citatus contumax, deinde non cõparendo audiretur, nisi hæredi expensis prius resarcitis, d. Authen. at qui iurat, ergo nec iste audiri debet, nisi illis prius refectis.

82 Et hæc conclusio † proculdubiò procedit, considerata ratione, quare ille ita citatus non comparendo, in expensas condemnãtur, est hęc, quia non est reus necessarius, sed voluntarius, qui non comparendo in citationis termino, non hęredem in expensis defatigauit, meritò si non eo quoque casu, in expensis condemnatur. quæ ratio cessat, si ita citatus, post iussum, sed ante immissionem compareat, nam tunc constaret, hæredem in expensis defaticasse, nõ comparendo in termino citato, & ante iussum, sed deinde in iudicio veniendo vt suprà. nimirùm vtique erit, si in hoc casu, ita citatus, & contumax, non audiatur, nisi expensis prius hæredi resarcitis, nam ratio de qua in præcedenti casu cessat, ergo & eius dispositio, c. cum cessante, de appellat. l. adigere, §. quamuis, ff. de iur. patron. ergo non est arguendum de illo casu, ad casum nostrum, subsistente diuersa ratione, cum ex diuersis non fit illatio. l. Papinianus exuli, ff. de minor. l. naturaliter, §. nihil cõmune, ff. de acquir. poss.

Imò

Imò illa ratio, quæ in simplici citato est, † & non in termino comparente, & post iussum, sed ante immissionem tantum, est quoque in hoc conditionaliter citato, qui post iussum, sed ante immissionem comparuit, ergo idem ius debet esse, l. à Titio, ff. de verb. oblig. l. illud, ff. ad leg. Aquil. cum simil. quare igitur ex his omnibus simul coniectis concludo, hunc ita citatum non audiri debere, comparendo post iussum, sed ante immissionem, nisi expensis prius hæredi refectis, iuxta formam in tenorem d. Authen. præallegatæ, & vt suprà dixi, non obstante quicquid in contrarium dixerit Zuchard. in d. l. fin. num. 364. qui perperam, & malè in hoc articulo loquutus fuit, & contra iura expressa & rationes, auctoritatesq; præallegatas. 84

Si iste autem citatus elapso termino † incontinenti compareat, & sic ante iussum de immittendo, tunc proculdubio censeo, hunc audiri debere, non expensis refectis, cum paria sint, aliquid in termino fieri, vel incontinenti post terminum. Ias. in d. l. sancimus, num. 7. vers. limita. Dec. in l. lecta, num. 30. ff. si cert. pet. Ripa libro 1. Respons. cap. 8. num. 3. nam id quoque in diffamationis materia videmus, si diffamanti à iudice terminus absque comminatione ad docendum iura sua assignatur, elapso quoque termino, auditur, si ante declarationem per iudicem fiendam, de non audiendo amplius eum, compareat, nō refectis etiam expensis, quia non est suo iure priuatus, nisi post silentij impositionem, Aretin. in rubr. Institu. de except. num. 30. Marsil. singu. 283. & consi. 127. num. 30. & sequent. Cagnol. in l. diffamari, num. 18. C. de ingen. manumiss. ita ergo & in proposito nostro dicendum est, quòd cùm citatus elapso incontinenti termino, & ante iussum de immittendo, compareat, auditur, non expensis quoque refectis, cum adhuc res sit integra, & contradictor non suo iure fuit priuatus, meritò si absque refectione expensarum ille quoque audiatur, Doct. præallegati vt suprà. 85

Si citatus verò succubuit, † taliter quòd iussus de im- 86

immittendo hæredem in possessionem bonorum defuncti tempore eius mortis penes eum repertorum emanauerit, non obstante citati contradictione, iste citatus, & succumbens, amplius post iussum non auditur, Bart. in d. l. fin. col. fin. vers. quandoque tempore, & ibi etiam Zuchard. num. 362.

87 Et quæro quando in hoc iudicio † possessorio existente legitimo cōtradictore, ordinarieq; procedatur, & libellus sit necessarius, quomodo libellus formatur Sali. in l. fin. num. 4. C. de edicto D. Hadr. toll. tradit ibi formam libelli, quæ quidem (meo iudicio) sibi locum vendicet, nō legitimo existente cōtradictore, sed absque eo, quòd libellus mutatur, contradictore apparente. vide formam libelli, quam tradit Aret. in §. quadrupli, num. 32. Instit. de actio. Zuchard. pleniùs in d. l. fin. num. 265. Pract. Pap. in forma libell. quo pet. hæred. ex testam.

88 Et quia hæredes † pro rata sua immitti in possessionem debent, Dec. cons. 583. num. 8. quare igitur hęredes semper aduertant, quòd quando plures sunt hæredes, si vnus in bonorum possessionem defuncti tempore eius mortis penes eum repertorum peteret immitti, quòd ille petat, se in possessionem immitti, respectu suæ partis tantùm, aliàs petitio illius erit inepta, & succumberet, Castr. cons. 44. nu. 2. lib. 1.

Et quamuis Pract. Pap. in form. libel. quo pet. hęre. ex testam. in gl. possidebat, nu. 1. dicat, quòd bona hæreditaria in libello describi debeant, & Aretin. in §. quadrupli, num. 32. Inst. de act. velit etiam, quòd bona ponantur, vt deprehenditur ex eius libelli forma per eũ tradita, & Zuchard. quoque in d. l. fin. nume. 265. dicit, quòd aliqui adducunt, & in fine libelli bona describunt: tamen ego arbitror, quòd in hæredis facultate sit, bona hæreditaria in fine libelli scribere, vel non,

89 Sali. in d. l. fin. num. 4. cum id † iudicium sit vniuersale, in iudicioque vniuersali petitio bonorum absque illorum expressione sufficit, dummodò bona mox hæreditaria in executione sententiæ iustificentur, Areti. in §.

in §.curare, num.7. Inst. de act. Ias. in §.actionum, num. 15. Inst. de act. Feli. & Dec. in c. in præsentia, num.3. de probat. Scribentes communiter in l.1. post gl. ibi. ff. de edict. Durant. in tract. de art. testam. tit.11. caut.20. num. 5. Alex. consi.101. num. 9. lib.5. bene autem fateor, quòd magis expedit simul bona in libello poni, vt in senten tia declaratur, qualia bona hæreditaria sint, Durant. in loco vltimo allegato.

Et si plures sint contradictores, † non omnibus singularibus libellus offertur, sed vnus libellus pro omnibus sufficit, cum omnes ad eundem iudicem mittendi sunt, l.1. ff. de quib. rebus ad eundem iud. eatur, & si vnus quoque clericus sit, coram iudice seculari comparere tenetur, Bald. in l. fin. num.45. C. de edicto D. Hadria. tollen. quod intellige de clerico esse verum, nisi clericus possideret, & citatus fuisset, si ius comparendi haber, & si sua putat interesse, nam alij causam tunc communem cum clerico habentes, clerici fauore, omnes ad iudicem ecclesiasticum mittuntur, & hoc est, ne ipsa causa diuidatur, & ne super eodem facto diuersæ ferantur sententiæ, Socin. in l. cum Senatus, num.11. ff. de reb. dub. & consi.12. num.17. lib.1. Zuchard. in l. fin. num.260. & num.361. C. de edict. D. Hadr. toll. Mars. cōsi.67. num.62. Paris. consi.154. in prin. lib.4. D. meus Soc. Iun. cons.34. num.1. & seq. lib.2. 91

Et forus † principalis est, vbi maior bonorum pars hæreditatis reperiatur. l. vnica, & ibi Bart. Bald. Sal. & Ang. C. vbi de hæred. agitur. Bald. in d. l. fin. nu.45. circa medium, & ibi etiam Ias. num.17. & hoc erit ad differētiam petitionis hæreditatis, quæ intentari potest, vbi reus domicilium habet, Bart. & Scribentes communiter in d.l. vnica, licet etiam intentari possit vbi reus habeat maiorem partem bonorum hæreditariorum, l. si fideicommissum, ff. de iudic. Corn. consi.207. nu.2. vers. transeundum esse, lib.1. 92

Et aduertas bene, quòd † sententia in vno loco prolata, non alijs præiudicat, qui alienæ ex iurisdictione sint, quia ille non est suus iudex, nec ratione perso- 93

næ,

næ,nec bonorum respectu, regula res inter alios acta, &c. & quamuis omnes in loco, in quo maior pars bonorum est,ad contradicendum comparere debeant,intellige,quo ad eos,qui sub eodem iudice sunt, cũ quis non extra forum suum litigare cogatur, Auth. si verò contigerit,C.de iud.Zuchar.in d.l.fin.num.264.

93 Et ad illud, quod dixi suprà, † quòd iudex competens,ille tãtum dicatur, in cuius territorio bona sunt, intellige,respectu immissionis, sed respectu pronuntiæ de immittendo in possessionem,est competens, ille quoque iudex,non in cuius territorio bona sint,Baldus & Salic.in d.l.vnica,dummodò contradictor extat legitimus, & sit illius territorij, cuius est ille iudex, qui pronunciat, hæredem in possessionem bonorum hæreditariorum penès defunctum tempore eius mortis repertorum mittendum.nam legitimo contradictore existente, & illi subdito,in executione suæ pronuntiæ,iudici ordinario illius loci,in quo bona hęreditaria reperiantur, scribere poterit, vt ipsum hæredem in subsidium iuris, per vnum suæ curiæ nuntium,in possessionem immittat, nam tunc ille iudex ipsius loci ad literarum alterius iudicis executionem ipsum hęredem in possessionem omnium bonorum testatoris defuncti,vt suprà mittet,& imponet, l. cum vnus. §. is qui posidere,& ibi glo.Bart.& Scribentes. ff. de bon. auth.iud. contradictore autem eidem non subdito existente,secùs est,quoniam in illo quoque casu,pronuntiam de immittendo non promulgare poterit, Bart. in l.fin.num.13.& ibi etiam Bald. num. 46. Dec. nume.31. in fin.Zuchard.num.237. & sequent. C.de edicto Diui Hadr. tollend. non obstante quicquid dixerit Ias. in d. l.fin.num.17.qui contrarium annuere videtur, per tex. in d.l.vnica.

94 Et hæres qui petit † literas subsidiales alteri iudici scribere,debet instare,vt scribatur,se hæredem, vel eius procuratorem,in bonorum possessionem talis testatoris prædefuncti tempore eius mortis penès defunctum repertorum immitti, etiam contra violenter resi-

resistentem, aliàs ille iudex cui scribitur, id minimè facere poterit, Zuchar. in d.l. fin. num. 244. & iudex requisitus ad scribendum dictas literas, non illas denegare poterit, & si illas denegauerit, ad eius superiorē recurritur, Alex. in l. à Diuo Pio. §.1. num. 14. & ibi etiam Ias. num. 1. & num. 19. ff. de re iud. Zuchar. in d.l. fin. sub num. 244. quia non scribendo partem grauaret, & à tali grauamine appellare, vel ad superiorem per modum querelæ recurrere potest, Cagn. in l. cum quędam puella, nu. 33. ff. de iurisd. omnium iud.

Et iudex in cuius territorio sita sunt bona, † non executionem sine literis primi iudicis faciet, Alexan. 95
post Dd. in d.l. cum quædam puella, num. 15. & ibi etiā Ias. nu. 18. Dec. nu. 17. in fin. & Cagn. nu. 33. versi. quarto colligitur, Zucha. in d.l. fin. nu. 240. aliàs executio erit nulla, Crau. cons. 134. nu. 22. & seq.

Quæ conclusio in sententia arbitri † non sibi locū vendicet, quæ sine literis alibi ad iudicis tantū implorationem executioni demandatur, Ias. in l. à Diuo Pio. §.1. num. 21. & seq. ff. de re iud. 96

Et quamuis iudex † per alterius iudicis literas requisitus, executionem vni nuntio curiæ suæ committere poterit, non partibus quoque auditis, non tamen hāc executionem effectualiter committere debet, nisi super sententia exequenda prius matura consideratione habita, & videre prius acta, & ad suæ conscientiæ confirmationem iudicare debet, an dicta sententia sit iusta, vel iniqua, & exequenda sit, vel non, Oldra. cons. 227. num. 2. circa medium. Ias. in d. §.1. num. 1. Cagnol. in l. cum quædam puella, num. 33. vers. quintò colligitur, ff. de iurisd. omnium iudi. Calcan. cons. 119. nu. 6. vers. nec videatur. 97

Imò, si mero executori opponatur, † quòd sententia ex iurisdictionis, vel citationis defectu, nulla sit, tunc & eo casu, sententiam nullam pronunciare poterit, & consequenter executionem non mereri, Socin. consi. 83. num. 14. lib. 4. Calcan. cons. 118. nume. 3. in fine, & præsertim quando hæc nullitas opposita, in actis ap- 98

pareat, notorijssimaque sit, nam tunc supersedere debet, & super illam iudicare tenetur. l. si prætor. §. 1. ff. de iud. Bald. in l. ab executione, num. 7. C. quorum appel. non recip. Felin. in c. de cætero, num. 4. de re iudic. & in c. pastoralis, §. quia verò nu. 17. vers. executor merus, de off. deleg. Zuch. in d. l. fin. nu. 242. Imol. consi. 117. in fin. Rom. consi. 51. Ancha. consi. 382 num. 8. & seq. Soci. cons. 83. num. 23. lib. 6. Calcan. cons. 118. num. 3. in fin. secùs verò erit, si nullitas allegata, non sit notoriissima, quia hoc in casu, non pronuntiare debet, sed tantũ supersedere, nullitatisque causam iudici scribenti remittere, qui super hanc nullitatem iudicare habeat, Bald. cons. 341. num. 6. lib. 4. Soci. consi. 59. num. 4. lib. 1. Zuch. in d. l. fin. nu. 241.

Ego autem non hanc approbo conclusionem indistinctè veram esse, nisi super nullitate allegata à iudice, qui primo sententiauit, & scripsit, non iam iudicatum fuisset, nam tunc nõ amplius iudicare poterit, nec iudex cui scribitur supersedere debet, nec remittere habet, sed illam omninò exequi tenetur. Abb. in c. de cætero, num. 5. vers. tertio membro, de re iud. Fel. in c. pastoralis, §. quia verò, num. 17. vers. executor merus, de offic. deleg. Zuchar. in d. l. fin. num. 242. in fin. Calca. cons. 118. num. 4. in fine.

99 Quam conclusionem quoque † censeo esse veram, quando executio secundùm ius cõmune petita sit, non autem secundùm ciuitatis statuta iudicantis, Fel. in c. postulasti, num. 11. vers. secunda intelligentia, de foro comp. Alex. in d. l. à Diuo Pio, §. 1. num. 6. circa med. ibi quoque Ias. nu. 6. & seq. ff. de re iud. idem Ias. in l. cum quædam puella, nu. 20. ff. de iurisd. om. iud. rationibus ibi per eos allegatis.

100 Vel & nisi ille, qui scribit, † illi superior sit, cui scribit, quamuis ille cui scribitur, sententiam videat nullam, & notoriè iniquam esse, tamen illam omninò exequi tenetur, per text. clarum in c. pastoralis, §. quia verò, de offic. deleg.

101 Quæ conclusio proculdubio † in criminalibus nõ

proce-

procedit, quando de corporali pœna tractatur, nam tunc merus executor sententiam iniustam contra propriam eius consciẽtiam non exequi non debet. Abbas in d.c.de cætero,num.5.& Felin.ibi nu.5. Ias.in §.si minus,num.16. Instit.de act. Zuchard.in d. l.fin. num. 243. Marsi.singu.349.in fine. & ratio in promptu est, nam si per executorem sententia iniqua exequeretur in criminalibus, vbi de pœna corporali tractatur, damnum eidem irreparabile faceret, meritò si ex abrupto non illam exequi tenetur. Ias.in d.§.si minus,num.16. Marsi.sing.349.

Immò si fuissem ille † executor, vel ille cui per superiorem scribitur,& in causa ciuili quoque essem, si mihi constaret sententiam esse iniustam, potius officio meo renunciarem, quàm quòd illam contra meam propriam conscientiam exequi voluissem, prout edocet Iason in l. siue nostram, numer.8. ff.de in litem iurand. Marsi.in pract.crimin.§.opportunè, numer.11.aliàs animam meam perderem, & ad gehennam ædificarem, si superioris metu contra veritatem sententiam notoriè iniustam exequerer,c.quisquis. 11.quæst.3. c.literas,de restitut. spoliat. & si essem iudex ecclesiasticus,& contra meam propriam conscientiam iudicarem, exequererque, per annum ab officio suspensus remanerem,& ad æstimationem rei partis grauatæ, vltra alias pœnas tenerer, c. cum æterni, de re iud. in 6. cle.1.§.verũ,de hære.& ideò cũ ius publicè reddidi,& sus iste mihi contingit, volui potius me ab officio iudicandi abstinere, quàm contra propriam meam conscientiam iudicare. quare hortor omnes iudices, qui iudicant,& exequuntur, quod ita faciant & obseruẽt, & hoc dictum ad aures ligent, de eoque non sint immemores,& si aliter fecerint, iram Dei suprà se prouocauerint,c.quisquis.11.quæstio.3. cum veritatem omninò secundùm philosophum in 1. ethicor. præhonorare tenemur, quæ cum non defenditur, opprimitur, c. error. 83. distinctio. & de hoc hactenus satis dictum sit. 102

continenti ius suum probare se offerat, D. meus Cæphal.cons.30.nume.14.& seq. & nume. 19. & si in hanc possessionẽ immittatur, quanto fortius in ea cõseruatur, si in possessione reperiatur, D.meus Cæphal.consi.30.num.17.

108 Quam conclusionem limita † pluribus modis non procedere, & primo dico, quòd quando agnatus de facto admissus sit, ad probandum eius quasi dominium sine aliqua contradictione, & factis probationibus suum quasi dominium respicientibus, tunc agnatus hæredi preferetur, nisi saltem tacitè contradictum sit, vtputà quando contra hæredem de quasi dominio sit oppositum, & hæres replicaret, petita per eum omninò fieri debere, etiam si opposita contra eum vera essent, tunc hæres ob tacitam contradictionem agnato prefer tur, aliàs si non contradixisset, secùs erit, Zuch. in d.l. fin.num.353.& seq.

109 Vel & secundò dicta † regula limitatur non procedere, quando agnatus incontinenti se offerat paratum exceptionem probare, quæ non altiorem requirat indaginem, bona esse feudalia, & ad masculos quoq; solos transitoria esse, reor, quòd hoc in casu, filia hæres in bonorum possessionem feudalium non mittatur, tanquam ius quasi dominij notorium sit, ad se non spectare, Rip. in l.hoc interdictum, num. 12. quorum bon. & in l.naturaliter, §.nihil commune, num.101. ff.de acquir.poss.Zuchard.in d.l.fin.num.437. versi. & prædicta, Plot.in l.si quando, num.3. C.vnde vi. Curt.Iun.cõsi.21.num.10.Paris.cons.22.num.99.lib.1. D.meus Soci. Iun.cons.74.num.2. lib.1. & D. quoque meus Cæphal. cons.4.num.16.& pluribus seq. & maximè si fæmina nihil verisimiliter allegaret, per quod docere posit, se feudi capacem esse, decis.Pedemontan.26.num.21.versic.ex præmissis, & ratio est in promptu, quoniam agnati interest, quòd possessio vacans non repleatur, cum facilius possessionem posit vacantem consequi, quàm quòd per hæredem repleatur, Zuchar.in d.l.fin. num.331.versic.istam ampliationem, & saltem licentia

debet suspēdi, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur, non quo ad libellum qui sibi offeratur, Zuchar. in d. l. fin. num.352. secùs verò erit, si inuestitura intricata sit, & altiorem requirat indaginem, tunc procuidubio filia hæres in possessionem immittitur, decis. Pedemont.26.num.21, vers. aut verò.

Vel & agnatus, est † legitimus contradictor, si possideat, & statim ius suum probare offerat, D. meus Soc. Iun. cons.74.num.2.lib.1.decis. Pedemont.26.sub num.21.& seq. vbi asserit in dicto senatu ita fuisse iudicatū, vel & quoq; si litem mouisset, aliàs si non possideret, vel statim ius suum probare nō potuisset, vel litē non mouisset, his casibus, agnatus non legitimus contradictor erit, & non hanc impediet immissionem fieri, Paris. cons.22.nu.99.lib.1. 110

Agnatusque incontinenti probare † censetur, si in inuestitura sit nominatus, Rolan. cons.1.num.30. lib. 1. decis. Pedemont.26.num.16. secùs autem erit si in inuestitura non nominatur, genealogiaq; illius necessaria sit probanda, quæ equidem non facilè sit, nisi per testium multitudinē, meritò si hoc in casu, agnatus ad hanc probationem non admittatur, altiorem indaginem requirentem, ius autem suum agendi ordinariè in possessorio, vel petitorio, reseruatur, si aliquod ius in feudo competat, Zuchard. in d.l. fin. nume.399. circa medium, & num.75. & 437. Decius cons.424.nume.19. Gram. decis.58.num.13. D. meus Socin. Iun. consi.75. nume.18. & sequen. lib. 1. & D. quoque meus Cæphal. consi.30. num.14.& seq. & nume. 19. Roland. consi. 1. num.71.& seq. lib.1. decis. Pedemont.26. & 16. num.21. versic. ex præmissis. 112

Ego autem sublimito † omnes limitationes prędictas, & dico, illas esse veras, si agnatus defuncto proximior sit, qui in feudo succedat, nam tunc admittitur, ad probandum statim exceptionem quasi dominij vt suprà. secùs verò erit, si non proximior sit, neq; in feudo post testatoris mortem succedat, licet sit agnatus, non propter id, ad ita excipiendum admittitur, 113

Iaſ.in prælud.feud.num.43.& ſeq. Alex.conſ.91. num. 13.lib.1. Durant. in tract. de art.teſtan.titul.11. caut.20. num.4.

114 Vel & ſi agnatus † poſsideret, ad inſtantiamque filiæ hæredis interrogatus ſit, an feudum poſsideat, & negatiuè reſpondeat, tunc in pœnam illius non ad hãc probationem admittitur, etiam ſi incontinenti ſe eam probare offerat, glo.eſt in l.fi.ff.de rei vend.quæ à Rip. poſt Iaſ.eſt recepta, in l.naturaliter, §.nihil commune, num.102.ff.de acq.poſſ.

115 Vel & ſi filia hæres † allegaret inueſtituram pro ſe, aut conſuetudinem, aut aliud veriſimile extare, & probaret, tunc quoque filia in poſſeſsionem feudi immittitur, ſaluo iure agendi agnato ordinariè in poſſeſſorio vel petitorio, ſi aliquod ius ſibi in dicto feudo cõpetat, Plot.in l.ſi quando, num.111. C.vnde vi. Roland. conſ.1.num.67.lib.1.deciſ. Pedemont.26.ſub nume.14. & 21.& hæc eſt communis Doct.opinio, vt per D. meum Socin.Iun.conſ.75.num.26.& ſequent.lib.1. ſed ego cenſeo hanc opinionem eſſe veram, ſi filia allegaret, & probaret inueſtituram pro ſe, vel conſuetudinem, & quòd filia in feudo admittatur, Roland.d.conſi.1.num.70.nam non ſufficit allegare poſſe eſſe, quòd fuerit ad ſuccedendum in feudum habilitata, cum illa allegatio (abſque probatione) non ſibi prodeſt, Zuchard.in l.fin.num.437.verſ.& prædicta, C.de edict.D. Hadr.tollend.

De Iuribus incorporalibus, an in ea fiat immißio?

116 Et non ſolum hæres † in rerum corporalium poſſeſsionem, verum & quoque incorporalium immittitur, dummodò incorporales corporalibus cohæreant, Bart.in l.interdicto, & ibi quoq; Rip.nu.2. ff.quor.bonor.Sal.in l.fin.nu.21.in fi. & ibi etiam Zuchard. nu.3. & ſeq.C.de edict.D.Hadr.tol.vbi dicit hanc eſſe communem

munem Doct. opinionem, cumque hæc iura incorporalia possideantur, pro illisque interdictum vti possidetis etiam competat. Rui. cons. 67. num. 4. & cons. 106. nu. 11. lib. 5. Paris. cons. 112. nu. 65. libr. 1. & quomodo in his incorporalibus missio in possessionẽ fiat. vide Sali. in auth. & qui iurat, nu. 51. C. de bon. auct. iud. possid. vbi dat modum & formam. Rom. cons. 482. nu. 2. & remissiuè Zuchar. in d. l. fi. nu. 315.

Sed pro præstationibus, † actionibusque tantùm 117
personalibus, quæ à re sint separatæ, & non rei inhæreant, dico, quòd pro illis tantùm hoc remedium, d. l. fi. non competit, cùm illæ nõ possideantur. Rip. & Zuchard. & alij Doct. præallegati in locis proximè allegatis vt suprà, & vt dicam, & in tracta. quor. bon. vbi hunc articulum satis fusiùs tracto, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam. benè autem fateor, quòd si in his præstationibus tantùm personalibus hæres iniustè, violenterque eis priuatus sit, eo in casu certus datur modus per quem hæres restituitur. Abb. in c. querelam, nu. 2. de elect. Zuchard. in d. l. fi. nu. 312.

Et remedium huius † l. fi. non tantùm hæredi pro 118
rebus vniuersalibus, sed & quoq; pro particularibus competit. nam cùm quis hæres aliqua bona hæreditaria possideat, & alia non, dico, quòd pro illis quæ possidet, petere potest, se in illis confirmari, & pro illis quæ non possidet, se in possessionem immitti. Alex. in d. l. fi. num. 31. & ibi etiam Ias. nu. 11. Dec. num. 44. & Zuchard. nume. 178. vbi dicit, hanc esse crebriorem Doct. opinionem, quam ibi à nonnullis impugnationibus defendit, vt videri potest in fonte ibi per eum. hancq; conclusionem approbat Guid. Papa quæst. 132. nume. 4. Rui. consi. 28. num. 1. lib. 5. Paris. cons. 60. num. 2. & seq. lib. 3. D. meus Soc. Iun. consil. 97. num. 47. lib. 2. sed an & quando confirmari debeat, tractabo plenè infrà in illo articulo, an possessio nulla sit confirmãda, ad quem locum me reijcio.

Et ad hoc vt † hæres scriptus in eorum bonorum 119
possessionem vt suprà mittatur, necesse est, quòd te-

 stamen-

ſtamentum producat non abolitum, nec cancellatum, neque in aliqua ſubſtantiali parte vituperatum, per text. in d. l. fi. & ibi Scribentes communiter. & neceſſe eſt, quòd vitium non in teſtamento legibile, viſibileq́; ſit. nã ſi aliqua exceptio vtputà nullitatis, vel falſitatis, vel quòd teſtator manifeſtus vſurarius fuerit, opponatur, illamq́ue ſe incõtinenti offerat probaturum, nõ admittitur, ex eo, quia vitiũ in teſtamento non viſibile, neque legibile eſt, & hoc in iudicio ſummario procedit. nam omnis exceptio altiorem requirens indaginem, reijcitur, l. 2. C. de edicto Diui Hadria. toll. & ibi ſcribentes.

120 Et hæc concluſio † quoque procedit, ſi vna dictarũ exceptionum opponatur, antequàm hæres hæreditatem adierit. Alex. in d. l. 2. nu. 4. & ibi etiam Iaſ. nũ. 3. Dec. conſ. 84. col. 2. verſ. ad iſta breuiter. Rip. libr. 1. reſponſ. cap. 1. nu. 82. Durant. in tracta. de art. titu. 11. cau. 20. num. 5.

121 Et hac ratione † videmus, quòd ſi excipiens negat hæredem eſſe filium, non propter hoc impedit, hanc immiſsionem fieri. Alexan. in l. 1. num. 3. in fi. C. de edicto Diui Hadria. tol. Pariſ. conſ. 60. num. 8. lib. 3. & ſi filius à patre in teſtamento præteritus ſit, & alius inſtitutus, ſi inſtitutus hæres petat, ſe in bonorum poſſeſponem vt ſuprà, immitti, & filius teſtamentum excipiat, eſſe nullum, quòd omninò erit nullum, etiam ſi nullitas ab eo non dicatur. Deci. in l. poſthumus, nu. 9. C. de bon. poſſ. contra tabul. Crau. conſ. 242. num. 4. tamen per hanc exceptionem, non hæc immiſſio fieri impeditur, ſi ſtatim quoque offerat ſe illam probare, ex quo vitium in teſtamento non legitur, altioremq́; requirit indaginem, meritò ſi hæc exceptio in hoc iudicio ſummario reijciatur, d. l. 2. & id vltimæ voluntatis fauore, quæ ex liquido cõſtat, d. l. fi. & ibi Zuchar. poſt Scribentes, num. 280 Cagno. in l. in pari, nu. 8. in fi. ff. de regul. iur. niſi in teſtamento filius præteritus pro filio nominatus ſit, quoniam tunc, abſque alia teſtium probatione, præteritio ex teſtamenti inſpectione probatur,

tur,vitiumque visibile,legibileque,in testamento reperitur, meritò si præteritionis exceptio in hoc vltimo casu statim ita probata hāc impediat immissionem fieri.Bart.in d.l.fi.nu.2. vers.venio ad contraria.& ibi etiam Dec. nume.36.& nu.43.Curt.Iun.nume.3.& Zuchard.num.75.& num.274.& seq. Alex.in l 1. num.3.in fi.& ibi etiam Ias. vers. tertiam rationem.C. de edicto D.Hadr.tol.Dec.cons.84 col.penul.vers.ad ista breuiter.& cons.467.nu.12.in fi. & seq. & cons.424. num.19. Curt.Iun.cons.31.nu.9.D.meus Soc.Iun.cons.75.num. 18.in fi.& seq.lib.1. & vt infrà in materia legitimi con tradictoris plenè tangam.

Et si vitium † in testamento visibile est, quod oculata fide constat, & hæres testibus illud purgare, & testamentum coadiuuare vellet, vt hanc cōsequatur immissionem,an audiatur plerique indistinctè censuēre quòd non.Felin.in c.ex literis, col.fi.vers.nota sextò, de fid.instr.Zuchar.in d.l.fi.num.277.& seq. sed tu declara hunc articulum,vt in subsequenti articulo infrà dicam,rationibus ibi dicendis. 122

De visibili vitio, rasura, & cancellatione.

Et aduerte,quòd † rasura & cancellatio,in substantiali parte debet esse, aliàs nō hanc fieri immissionem impedit,tex.est clarus in d.l.fi. ibi. nec ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, & ibi Bartol.nume.3.Bald. num.17.in fi.Salice.num.9.in fi.Ange.nume.2.Alex.nu. 17.& Ias.num.19.vers.istam regulam.Bal.in l.1.colum. 2.versic.si autem notarius.ff.de his, quæ in testam.delen.Lanfran.in c.quoniam contra,in verbo Instrumentorum productiones,nume.49.de probat. Alex.consil. 233.num.6.lib.6. 123

A qua opinione dissentit Bart. in l.si vnus, nu.1.C. de testa.vbi dicit,cācellationem sufficere, esse in quacumque testamenti parte, non quoque substantiali, ad impediendum hanc immissionem in hoc iudicio sum-

summario fieri, quæ eius doctrina à Feli. fuit secuta, in c. ex litteris, num. 15. de fid. instr. & à Dec. in d. l. fi. num. 37. per textum in d. l. final. ibi. ex quacunque sui parte vitiatum: ergo vitiatio, quæ reperitur, vel in substantiali parte, vel non, testamentum reddit nullum, quæ suspicio hanc possessionis immissionem fieri impedit, vt ibi per Decium.

Zuchard. autem in d. l. fi. num. 283. reprobat Bart. in d. l. si vnus, num. 1. & suos sequaces, & benè & iuridicè (meo quidem iudicio) & hoc per text. in d. l. fina. qui non simpliciter dicit, in quacumque parte: at subijciendo dicit, sui formæ parte vitiatum: ergo vitiatio in substantiali parte requiritur, quæ pro forma ipsius testamenti, essentiaque sit, aliàs rasura parte in alia nó substantiali existens non hanc immissionem fieri impedit: quare igitur Bart. in d. l. si vnus, communiter est reprobatus, vt tradit Alexan. post Doct. ibi in d. l. si vnus, num. 6. & Ias. num. 6. qui post Fulgos. dicit Bart. ibi inaduertenter, lapsuque linguæ fuisse locutum. quam conclusionem puto esse veram. nam si vitiatio, & rasura, non in substantiali parte sit, testamentum nó suspectum reddit. Alex. cons. 233. nu. 6. libr. 6. & cons. 175. nu. 2. lib. 7. & ibi Addit. Paris. cons. 28. nu. 37. & num. 44. lib. 2. Crauet. consi. 134. num. 27. meritò si dicta vitiatio in hoc iudicio tam summario non hanc immissionem fieri impediat. Alex. cons. 104. nu. 2. lib. 7. & Doct. communiter præallegati vt suprà.

124 Et si diceretur, quòd † vitium in præfatione testamenti illud vitiat, ex eo, quia ab ipso procemio causa finalis colligatur, l. fi. ff. de hæred. instit. & causa finali cessante, ipsa quoque testamenti dispositio cessat, l. adigere. §. quãuis. ff. de iur. pat. c. cum cessante, de appel. igitur &c.

Sed ego huic argumento respondeo, & dico illud esse verum, si dubietas aliqua ex verbis substátialibus ipsius testamenti oriretur. nam tunc declarationem ab ipso procemio reciperet. & si in hoc casu procemium sit vitiatum, pars substantialis quoque vitiata censeretur,

tetur, & per conſequens illa vitiatio hanc immiſſionẽ in hoc iudicio tam ſummario fieri impediat. quod equidem non ita erit, ſi dubietas nõ ex verbis ſubſtantialibus oriretur. Zuchard. in d.l.fi.num.283.in fi.C.de edicto D. Hadria. tolli. immò ſi vitiatio non in teſtamenti ſolennitate reperiatur, ſed in vno tantùm capitulo penitùs ſeparato ſit, non propter huiuſmodi vitiationem teſtamentum redditur falſum, niſi capitula connexitatem habeant, text. eſt clarus in l.etiam.§.1.& ibi Bal.& Scribentes.ff.de minor.gl.eſt in l.ſi ex falſis, in verbo, Firmis.C.de tranſactio. Feli.in c.ex litteris, nu.15.verſi.not.ſeptimò; de fide inſtr. Lanfr.in c.quoniam contra, in verbo Inſtr.product. nu.49.de probat. Iaſ.in l.ſi ex falſis, nu.9.verſ.limita.C.de tranſact. Zuchar.in d.l.fi.nu.284.& ſeq.

Et hac ratione videmus, † quòd cùm vna partita libri ſit falſa, cæteræ non præſumuntur falſæ, niſi connexitatem habeant. ſecùs verò erit, ſi diuiduæ & ſeparatæ reperiantur, & econtrà, ſi vna ſit vera cæterę non præſumuntur veræ, aliàs facilè materia delinquendi daretur, cùm quis plures partitas veras ſcribere potuiſſet, & inter illas vnam falſam inſerere, quæ de iure non permittitur. D.meus Cęphal.conſi.85.ſub num. 33.& ſeq.immò malitijs hominum ſemper eſt obuiandum, l.conuenire.ff.de pact.dot. igitur &c. & propterea cùm vitium in vno capitulo penitùs ſeparato, & connexitatem cum alio non habente, non aliud vitiat, d.§.1. Abb.in c.2. numer.10.verſi. ſed nunc vltra alios.& ibi etiam Felin.nume.25.& Dec.num.20.de fid. inſtr. Iaſ.in repet.l.admonendi, nume.129. & ibi etiam Rip.nume.125.ff.de iureiur. Pariſ.conſ.47.nume.10.& conſil.90.num.25.lib.1. Crauet.in tract.de antiq.temp. in 1.par.nu.253. 125

Et ſi plures ſint hæredes inſtituti, & † nomen vnius ſit cancellatum, in cæteris non cancellatis, teſtamentum remanet firmum, alijſque cohæredibus hæreditas applicatur. Crauet.conſ.228.ſub num.1. & cancellatio hæc alios cohæredes in poſſeſſionem mittẽdos eſſe nõ 126

impe-

impedit. Zuchard. in d. l. fi. nume. 285.

Et quando capitula connexa vel separata dicantur, vide Iaſ. in d. l. admonendi, nu. 130. Dec. in c. 2. nu. 21. de fid. inſtr. Gram. deciſ. 103. nu. 155. & ſeq.

127 At ego arbitror hanc † Zuchardi opinionem, aliorumque Doctorum præallegatorum vt ſuprà veram eſſe, exiſtente tantùm cancellatione ante publicationem teſtamenti emanata. ſecùs verò erit, ſi teſtamenti falſitas in vno capitulo ſubſtãtiali verificaretur. nam dico, quòd tunc teſtamentum in totum vitiaretur, ſi capitula quoque ſeparata eſſent, ſecundùm receptiorem Doctorum opin. vt per dominum meum Soc. Iun. conſil. 40. num. 16. verſi. vel etiam, lib. 2. & conſ. 132. num. 7. & ſeq. lib. 3.

Immò capitula non ſeparata dici poſſunt, ſed connexa, & correſpectiua, cùm in eodem teſtamento deſcripta reperiantur, & propterea ſi falſitas in vno inſtrumenti capitulo ſit, totum inſtrumentum vitiatur. Gram. deciſ. 103. nu. 156. & ſeq.

Et prout hoc quoque caſu de libro dicitur, qui ſit in vna partita falſus, in cæteris falſus cenſetur, cùm ob falſificationem dictæ partitæ in cæteris fides Scribentis detrahitur. D. meus Soc. Iun. cõſ. 132. nu. 11. lib. 3. benè autem fateor, quòd ſi vna partita libri ſit vera, cæteræ non præſumuntur veræ ne materia fabricandi falſum cõcedatur, ſed non ſic eſt quãdo vna ſit falſa: quia cæteræ præſumuntur falſæ.

128 Item & pariter de teſte, † qui ſit in vno capitulo falſus, in cæteris quoque capitulis ſeparatis connexitatemq; in ſe non habentibus, falſus præſumitur. Abb. in c. ex literis, col. fi. verſ. vltimò, & ibi quoque Felin. nu. 15. verſ. nota ſeptimò, de fid. inſtr. Bald. in l. fi. nu. 18. C. de edict. D. Hadr. toll. Corn. conſ. 232. nume. 8. lib. 1. Dec. conſ. 105. nu. 5. verſ. ſimiliter teſtis. Brun. Aſt. conſ. 20. num. 32. Rui. conſ. 158. num. 29. lib. 5. Pariſ. conſil. 24. num. 20. & ſeq. libr. 3. Gram. conſ. 141. nume. 16. in ciuil. D. meus Soc. Iun. conſ. 132. num. 10. lib. 3. Crauet. conſil. 9. num. 10.

Quæ

Quæ conclusio ampliatur, si testis † in vno etiam minimo falsus sit, in totum falsus redditur. Paris. consil. 184. num. 141. & consi. 107. num. 55. lib. 1. Crau. consil. 140. num. 10. & seq. etiam (vt dixi) si capitula sint separata, secundùm receptissimam Doctorum opinionem, vt per D. meum Soc. Iun. cons. 3. num. 14. in fi. & seq. & cons. 41. num. 13. & seq. lib. 2. & cons. 132. nume. 10. lib. 3. & id propter iuramentum, quod est indiuiduum. Cagnol. in l. diem functo, numer. 209. ff. de off. assess. Soci. consil. 56. num. 13. libr. 4. & cons. 136. num. 9. lib. 1. vbi dicit, hanc esse communem Docto. opinionem. Marsil. cons. 31. nu. 35. & seq. hancque communem opinionem affirmat Paris. cons. 88. num. 82. lib. 3. & cons. 53. num. 19. & sequ. lib. 4. D. meus Socin. Iun. consil. 40. nume. 10. & sequ. lib. 2. Crauet. cons. 9. nume. 10. etiam si super articulo impertinenti falsus & periurus sit, & per verbum quoque credit deponat: quia tunc in nihilo sibi creditur. Crau. cons. 6. nu. 19. 129

Et si diceretur, quòd † si probatio super capitulo impertinenti emanata sit, reijcitur, & si tanquàm impertinens reijciatur: ergo nos aduersario nociua est. meritò testes de falso non puniuntur. Bar. in l. damus, & ibi Bald. & cæteri Scribentes. C. de fals. Lanfr. in c. quoniam contra, in verbo Testium depositiones, num. 35. de probat. Socin. Iun. consil. 60. nume. 4. lib. 4. Marsil. cons. 105. nu. 11. Rub. cons. 16. nu. 5. Gram. not. 36. nu. 4. & seq. & decis. 2. num. 28. & hæc est communis, vt per Plotum in l. si quando, nu. 72. C. vnde vi. immò nec eo casu deierasse censetur, nam illa eorum attestatio super impertinenti non consecutiua, nec fides eorum qualificata est, tanquàm prorsus impertinens. Salic. in l. si ex falsis, nume. 13. C. de transact. Socin. d. consil. 60. num. 4. immò & quoque falsitas, quæ negotium principale non tangat, non facit, quòd testes reprobantur, & aduocati, ita quotidiè exclamant. Ias. in d. l. si ex falsis, nume. 9. vers. limita. Lanfr. in c. quoniam contra, in verbo Instr. product. num. 49. de probat. Deci. in l. 2. §. creditum, num. 7. ff. si cert. peta. & consil. 162. nume. 10. 130

Gramm.

Gramm.consil.23.num 8.& seq.& decis.103.nume.144. minimeque puniuntur, si extra articulum falsum deponant, cùm illorum depositio non nociua sit. Bart.in l. si quis legata, col.fi.ff.de fals. Castr.consi.290.num.4. circa medium, lib.1.Alex.consl.90.nu.7.lib.3.Gram.cós. 53.nu.7.in ciuil.

131 Sed ego ad hanc conclusionem respondeo, † sustinēdo alteram opinionem, illamque declarando, vt infrà: & dico, non hanc valere consequentiam, nemini testes nocent, illique de falso non puniuntur, ergo falsum non dixerunt, & illorum dicta penitùs, & in totum non annullantur, nam hæc sunt penitùs diuersa, vt infrà patebit. nam videmus, quòd testes varij non probant, nullaque eisdem fides adhibetur, l. qui varia. ff.de testib.l.eos.ff.de fals. etiam si ad concordiam testes reduci possint, quoniam illorum reductio permittitur, quoad euitandum falsum, non quoad probationis validitatem. Felin.in c.ex litteris, nume.4. de fide instrumentorum. Addit. ad lecturam Abb. in c.cùm contingat, de offi. delegat. Decius in l. lex secunda.§. creditum autem, nume.9.in fi.ff.si certum peta.& in l. fi.num.37.vers.sed ista opinio.C.de edicto Diui Hadr. toll.Alex.cons.94.nu.2.libr.6.D.meus Soc.Iun.consil. 39.nu.47.lib.2.Addit.ad tract.præsumpt.D.Alciat.reg. 2.præsumpt.27.nu.10.Berous quæst.suis fam.q.84.nu.5. ergo ex his patet, non hanc valere consequentiam, testes variantes de falso nō puniuntur, ergo illorum depositio in totum non annihilatur, si in accessorijs solú quoque falsum deponant. D.meus Soci.Iun.consil.41. nu.9.& seq.lib.2.

132 Immo testes † circa accessoria variantes, licèt ordinariè nō de falso puniantur, tamen extraordinariè, iudicisque arbitrio sic. Ias.in l.si ex falsis, nu.10.vers.circa hoc.C.de transact.& in l.2.sub nu.16.C.de bon.poss. secundùm tabul.Plot.in l.si quando num.719.C. vnde vi. Menoch.in titu.de arbitr.iud. libr.2. centu. 2. casus 309.num.7. si igitur extraordinariè puniuntur, sequitur vtique, quòd illa depositio in accessorijs emanata à iu-

à iudice in aliqua consideratione habetur, & si ita sit, quanto fortius illorum depositio in totum annulletur, attento quòd magis promptiora sunt, ad annullandum dicta testium, quam ad eos puniendum, vt suprà tetigi.

Et hæc conclusio proculdubiò procedit, cùm contrarietas ex eodem teste deprehendatur, nam tunc testis, qui est sibi ipsi varius, non probat, si ad concordiam quoque reduci posset. Alexand.consil.94. nume.2. lib.6.& consi.29.num.9.lib.7.Paris.cons.24.num.20. & seq.lib.3.

Et præsertim quando contrarietas sit certa, & manifesta, secùs si præsumpta, vel apparens sit. Alex.cons. 190. nu.1.libr.7. Ias.in d.l.si ex falsis, nu.11.versi.tertiò limita. Rip.in l.1.nume.34. circa medium.ff.si certum peta.sed secùs fortè erit, si plures testes sibi adinuicem contrariantes sint, & contrarietas ab ipso teste nõ eliciatur, sed à pluribus alijs testibus, nam hoc in secũdo vltimo casu ad concordiam reducuntur, si fieri potest. Ruin.consi.149.nu.29.lib.5.aliàs rarò testium concordia locum haberet. Deci.in l.lex secunda.§.creditum, nu.9.in fi.ff.si cert.pet.

Vel & testes super † accessorijs, vel super impertinẽtibus, falsum deponentes, in totum illorum depositio vitiatur, cùm veritatem nõ tam super negotio principali, quàm super accessorijs quoque, & super tota causa dicere iurauerint. Lanfr. in c. quoniam contra, in verbo Testium depositiones, num.85. & seq.de probatio. & ob id iuramenti indiuiduitatem, secundùm receptissimam Docto.conclusionem, vt per dominum meum Soci.Iun.consi.41.nu.13.lib.2.nisi ratificatio super articulo penitùs ad causam impertinenti facta sit, secùs verò est, si ad causam aliqualiter tãgat, quoniam hoc vltimo casu, depositio eorum in totum vitiatur. Salicet.in d.l.si ex falsis, num.13.Ias.in l.2.nu.16.in fi.C. de bonorum possess.secundùm tabul. Socin. consil.60. nume.4.libr.4.secùs ergo erit, si simpliciter veritatem deponere iurassent. Lanfranc.in d.c.quoniam contra, 133

in verbo Testium depositiones, num. 85.

134 Et si sumus in dubio, an testes † simpliciter, vel super totam causam veritatem dicere iurauerint, dico, quòd præsumuntur, quòd simpliciter iurauerint, secundùm veriorem & crebriorem Doctorum opinionem, vt per Lanfr. in d. c. quoniam contra, in verbo Testium depositiones, nu. 86.

Sed quoad propositum nostrum, ex his perspicacissimè constat, quòd sicuti testes, qui super negotium principale, & super totam causam veritatem dicere iurauerint, si sunt discordes, & quoq; in accessorijs, depositiones illorum annullantur, ob iuramenti indiuiduitatem, à fortiori hoc in præsenti casu nostro dici debet, si falsitas in vno substantiali capitulo, etiam penitùs ab alio separato, oculatè reperiatur, & sic, ob hanc falsitatem totum testamentum vitiatur, taliter quòd hæres in possessionem non hoc in iudicio quoque summario immittitur, quoniam fides notarij ob dictam falsitatem diminuitur. D. meus Socin. Iunior consil. 132. numer. 7. & sequen. libr. 3. tum & quoque quia testamentum sua requisita non haberet, meritò si hæres eo in casu in possessionem immitti impediatur, iuribus, rationibus, & auctoritatibus præallegatis, vt suprà.

135 Sed ego quæro, † quando rasura, siue interlineatio, quæ in aliqua substantiali parte testamenti reperiatur, & ita benè correcta sit, quòd ex manu eiusdem notarij facta videatur, an ob illam interlineationem hæres in possessionem immitti impediatur: circa hũc articulum, varij vario modo loquuti fuêre Doctores, & multi hãc partem affirmatiuam tenuerunt, quòd ob dictam interlineationem, ita benè deletam manu eiusdem notarij, hæres in possessioné in hoc iudicio summario non fieri impeditur, hancq; opinionem in primis tenuit glo. in l. fi. in verbo, prima figura. C. de edic. Diui Hadr. toll. quam ibi sequitur Bar. nu. 3. Ang. nu. 3. Alex. nu. 18. & idem Alex. consi. 14. & seq. lib. 6. & consi. 204. num. 5. libr. 7. Paris. consil. 28. nume. 45. & seq. lib. 2.

& ma-

& maximè cùm ex præcedentibus & ſubſequentibus deprehendatur, ſcripturam debere ſtare prout in raſura, & interlineatione continetur, nam tunc nõ eſt nociua, neque ſuſpicionem inducit. Alex conſ.233. nu.17. lib.6. Menoch. in tit. de arbitr. iud. lib.2. centur.2. caſus 187. num.41. & colligendo id ex præcedentibus, & ſubſequentibus, ſatis ex teſtamento cõſtare dicitur & verificatur, id quod habetur, in d.l.fi. videlicet teſtamentum per oculatam inſpectionem non vitiationem habere, meritò ſi hæres in poſſeſſionem virtute dictę interlineationis non immitti impeditur. Deci. in l.fi. nu. 37. verſ. quartò limitatur. C. de edicto D. Hadr. tol. Pariſ. conſ.28. nu.46. lib.2.

Et præſertim, † ſi notarius ſit mortuus. Curt. Iun. 136 conſ.162. quæ ratio quoque viget, ſi notarius ſit viuus, & hoc eſt quia illa cancellatio tempore conditi teſtamenti, & ex teſtatoris [illegible]lũtate facta præſumitur. Lanfran. in c. quoniam [illegible]ontra, in verbo, inſtrumentorum productiones, nu.49. in fi. de proba. Alex. d. conſ.14. nu. 16. & d. conſ.104. nu.6. Corn. conſ.118. col.2. in prin. lib. 4. Pariſ. conſ.28. nu.45. libr.2. Rub. conſ.95. nu.41 & hoc quoque quia in fine teſtamenti eſt clauſula, actum &c. quæ teſtamenti publicationem, perfectionemq; denotat. Curt. Iun. conſ.162. col.2. verſ. confirmatur.

Accedenteque huic quoque † opinioni alia ratione, nam videmus quotidiè, quòd notarij dum teſtamentum conficiunt, & ſcribunt, & antequàm illud legant, & publicent, has multoties faciunt interlineationes, & additiones, & hoc euenit, quia teſtatores notario cõmittere ſolent, quòd talem, & talẽ clauſulam interlineent, & facta interlineatione dictarum clauſularum, aliam clauſulã alterius tenoris & ſubſtãtiæ addant, quæ remanere habeat, iuxta intelligentiã, & teſtatoris voluntatem, & ita per notarium exequitur & omninò fit, & ideo hac ratione quandoq; neceſſariæ ſunt interlineatiões, cãcellationesq;, & additiones, in protocollis, quę ſępiſſimè reperiũtur, nõ tamẽ ex his aliqua arguitur ſuſpicio, vt in terminis tradit 137

Corn.consi.118.num.1.in fi.lib.4.Paris.d.cons.28.num. 21.& seq. Iulius Clarus in tract.suis in §. testamétum, quæst.7.vers.aliquando & 4.in fi.meritò si interlineationes, & cancellationes, in testamento originali repertæ, non impediant hæredem in hoc iudicio summario immitti.

138. Alij autem contrarium censuêre, † quòd immò ob hanc interlineationem & cancellationem factam, hæres nõ in possessionem immittitur in hoc iudicio tam summario, etiam si interlineatio manu eiusdem notarij facta sit, nam illi nõ creditur, ex quo variauit, l. qui varia. ff. de testi. Bal. in l. fi. nu. 17. C. de edic. Diui Hadr. tol. & præsertim, si per literarum cõparitionem apostillatio probatur, tum quia, comparitio literarum non plenam facit probationem, l. comparitiones. C. de fid. inst. Salic. in d. l. fi. nu. 11. tum & quia quoque testamentum non oculatam habet probationem, iuxta requisita, d. l. fi. meritò, si hæ interlineationes additionesque impediant in hoc iudicio summario hæredem in possessionem immitti, secùs verò erit in ordinario iudicio. Deci. in l. fi. nu. 37. vers. 2. conclusio, & ibi quoque Zuchard. nu. 288. & seq.

139. Et plerique † hanc existimauêre opinionem esse veram, si apostilla in dubium refricatur, an eiusdẽ notarij manu sit, secùs si non in dubium refricatur, quoniam hoc vltimo casu, tempore testamẽti scripta præsumitur, meritò, si hæres eo quoque in casu in possessionem immittatur. Zuchard. in d. l. fi. nu. 289. Crauet. cons. 83. nu. 2. & nu. 4.

Quam opinionem non arbitror indistinctè esse veram, nam non sequitur, per literarum comparitionem probatur, scripturam manu eiusdem notarij esse, ergo dicta scriptura est publica, eidemque tanquàm publica credatur, & quòd eodem tempore fuerit confecta, nam non notario impeditur scripturas priuatas conficere, diuersoque in tempore, ergo per comparitionem tantùm absque alijs requisitis solennitatibus & qualitatibus non scripturis notarij tanquàm publicis

cis fides adhibetur. Rub. conf.94. nume.2. Crau. consil. 216. nu.16. igitur.

Et ideo alij autem hanc † Zuchardi suorumque sequacium opinionem declarauêre esse veram, si in fine, & in corpore instrumenti, notarius fidem fecisset, dictam interlineationem apostillationemque manu sua tempore conditi testamenti, iussuque ac testatoris voluntate, fuisse positam, & scriptam, & tunc apostillationi in locum interlineationis surrogatæ crederetur, quia omnia sua requisita haberet. secùs verò erit, si in margine hanc fidem faceret, nam sine die & Consule erit, & non præsumeretur illam tempore conditi testamenti fuisse descriptam, & per consequens ipsi notario in hoc non crederetur. hæc fuit principalis opinio Io. And. in addit. Specul. in titu. de instr. edit. §. ostenso, num.15. incipiente, dixit Roland. quam secutus fuit Abb. in c. ex literis, nu.3. vers. habes, & ibi quoque Feli. nu.10. vers. quinta declaratio, de fid. instr. Bal. in l.1. col.2. in fi. ff. de his quæ in testa. delen. Alex. in l. si vnus, num.8. & etiam Ias. ibi nu.9. C. de testa. Dec. in c.1. nu.13. circa medium, de fid. instru. Cagnol. in l. si librarius, num.55. & 75. ff. de regul. iur. Anchar. conf.242. nu.1. & conf.431. Alex. conf.59. num.5. & ibi addit. lib.2. Curt. iun. conf.145. nu.17. in fi. Marsil. sing.466. Durant. in tract. de art. testa. titu.10. caut.6. nu.2. & sequ. Crau. conf.216. num.2. & nu.5. Alcia. in tract. præsump. reg.3. præsum.13. nu.21. 140

Plerique autem dixêre, † quod etiam quando fides hęc in margine à notario in eodemque testamento fieret, probaret. Alex. sibimet contrarius conf.59. num.5. libr.2. & eodem die, indictioneq; facta censeretur. Cagnol. in d. l. si librarius, nu.25. & prout de instrumento in filia sine die, indictione, & Imperatoris nomine reperto, dicitur. nam hæc omnia censentur repetita, cùm plures contractuum rogitus in eodem libro descripti reperiantur, & in princip. libri indictio, & Imperatoris nomen tantùm describebatur, absq; eo, quòd in singulis instrumentis reperiatur, quia hæc omnia in sin- 141

 gulis

mentis repetita censentur. D. meus Soci. Iun. cons. 102. nu. 2. lib. 3. ita & in proposito nostro dici potest, quòd cùm interlineatio, apostillatioque in prothocollo testamenti in margine sit ab eodem notario facta, adiectaque, ita quoque sub eodem die & indictione celebrata censetur, & ideo probat. secùs verò erit si in diuerso testamento facta fuisset. Alex. cons. 59. nu. 5. lib. 2. Crau. consil. 416. nu. 8. & sub nu. 14. vel ex diuersis atramentis, nam tunc cõstaret ex interuallo fuisse factam, & adiectam. quam additionem notarius sine superioris auctoritate non efficere potuit, & propterea dicta apostilla non probaret. Crauet. cons. 134. nu. 27. dominus meus Cæphal. cons. 287. nume. 27. & sequen. secùs verò erit, si eodem testamẽto apostilla fuisset adiecta, & cum eodem atramento scripta. nam tunc probaret Menoch. in tit. de arbitr. iudic. lib. 2. centur. 2. casus 187. num. 35. & Doct. vt suprà.

142 Quam conclusionem alij †existimauêre esse veram, quoad ipsius notarij absolutionem, si cõtra notarium criminaliter agatur, non autem quòd dicta apostilla sine die, & Consule, notarijque signo apposita, probare habeat; & hæc est communis Docto. opinio, vt per Ruinum cons. 68. num. 4. in fi. & seq. libr. 4. nam cùm de falso ciuiliter agatur, videlicet, vt instrumento non fides adhibeatur, falsitatis suspicio pro falsitate habetur. Curt. Sen. cons. 55. nu. 16. Crau. cons. 134. num. 26. & nu. 39. Mars. in rubr. de fals. nu. 19. Gram. cons. 66. num. 10. in ciuil. Paris. consil. 162. nume. 34. libr. 4. Dominus meus Soci. Iun. cons. 132. num. 12. lib. 3. Curt. Iun. consil. 64. Alciatus in tracta. præsumpt. regula 3. præsumpt. 13. num. 10.

Et error cùm in testamenti solennitate sit, testamentum arguit nullum, & de falso suspectum, quoad probationem, non autem quæ ad notarij punitionem. Feli. in c. ex literis, nume. 4. de fide instr. & vt suprà aliàs tetigi, & ita etiam est intelligendus Rip. in l. admonendi nume. 144. ff. de iureiur. vbi dicit, quod ex abrasione falsitas præsumatur, est intelligendus, quoad proba-

probationem ciuiliter, non autem quoad notarij punitionem, si criminaliter agatur, rationibus & auctoritatibus præallegatis.

Ego autem pro mera huius articuli veritate, sic censeo distinguendum esse, primò dico, quòd aut constat apostillam, interlineationemque, manu eiusdem notarij esse, notariumque in fine instrumenti fidem fecisse, qualiter ipse notarius dictam clausulam interlineauit, loco illius apostillam, iussu testatorisque voluntate surrogauit, meritò si hæres in possessionem immitteretur, non obstante interlineatione, & apostillatione: quia notarius de his omnibus & singulis tempore conditi testamenti rogatus censetur, & in hoc casu benè procedit opinio Ioan. Andr. in addit. ad Spec. in tit. de instrum. edit. nume. 15. incipiente, Dixit Rolandinus, & suorum sequacium, ita tradit Dec. post Bartolum & alios Scribentes in l. fina. nume. 37. versic. tertiò fallit, & ibi etiam Zuchard. nume. 291. C. de edicto Diui Hadr. toll. Durant. in tract. de art. testa. tit. 10. caut. 1. num. 2. & seq. & alij commemorati patres vt suprà dixi, & in summa omnes Doct. vnanimiter ita sentiunt. nam si cæteri præallegati vt suprà volunt, quòd cum apostilla in margine sine notarij subscriptione neque fides illius in testamẽti fine reperiatur, probat si eiusdem manu notarij scripta sit, & appareat, ergo & à fortiori, & illi omnes Doctores vnanimiter, (nemine discrepante) annuunt, in prædicto primo casu, interlineationem, apostillamque in locum illius surrogatam, plenam fidem facere, non hancque immissionem impedire posse, quoniam testamentum (vt dixi) sua requisita haberet, & qui contrarium probare voluerit, si probatio requirat altiorem indaginem non admittitur, l. 2. C. de edicto D. Hadr. toll.

Difficultas ergo est, quando interlineatio in testamẽto sit, & apostilla sine notarij fide in fine instrumenti reperiatur, tamen constat illam manu eiusdem notarij scriptam fuisse, an probat, taliter quod propter illam interlineationem hæres nõ impediatur in posses-

sionē immitti. ego autem distinguo, & dico, quòd aut notarius & testes testamētarij sunt viui, ex quibus veritas rei faciliter haberi potest, & antequàm testamenti copia à notario sibi tradita sit, hæres faciat iudici instantiam, quòd pro rei veritate, testes testamentarios examinet, perquirat, & cognoscat, an interlineatio, apostillatioque, tempore conditi testamenti testatoris iussu, voluntateque facta, adiectaque fuerit, & si reperiat per depositiones dictorum testium clausulam interlineatam, & aliam in locum illius fuisse testatoris iussu & voluntate surrogatam, tunc iudex ad instantiam partis interloquendo pronunciabit, & declarabit dictæ interlineationi, & apostillationi, esse adhibendam: quia notarium inuenit dictam clausulam interlineasse, & aliam loco illius surrogasse voluntate testatoris tempore conditi testamenti, & notarium de prædictis omnibus fuisse rogatum, & tunc proculdubio, interlineatio & apostillatio non impediret hæredem in hoc iudicio summario in possessionem immitti, & in his terminis verificari potest opinio glo. in l. fi. in verbo prima figura, & Bartoli, & suorum sequacium in prima opinione præallegatorum. C. de edicto Diui Hadr. toll. nam sufficit, per testes, vel per scripturam probari, notarium de prædictis omnibus & singulis tempore conditi testamenti fuisse rogatum. Rub. cons. 94. nu. 2. Crau. cons. 216. nu. 7. hancque opinionem annuit Curt. Iun. cons. 162. nu. 4.

143 Nec prædictæ † conclusioni obstare videtur, illud quod à Iacobo Butr. allegatur in auth. si quis in aliquo. C. de edend. videlicet, quòd quando iudicium est summarium, & oculata fide procedatur, quòd tunc vitium visibile per testes non adminiculari possit, quod in nostro equidem præsenti articulo erit, si interlineatio & apostilla in dubium refricatur, an testamenti tempore conditi testatoris iussu & voluntate fuerit facta, & scripta, vt dicit Zuchard. in d. l. fi. nume. 277. & seq. & 289.

Sed ego censeo, veritatem omninò in contrarium

esse,

esse,in hoc præsenti articulo nostro, non obstante ar-
gumento in contrarium allegato, arguendo hoc mo-
do,nam nulli dubium est, quòd testamentum nuncupa
tiuum coram testibus confectum, à notarioque in scri
ptis nondum redactum, si hæres coram iudice instat,
testes testamentarios pro testamenti veritate & pro-
batione examinari, & vt iudex lite non contestata, ad
perpetuam rei memoriam eos examinat, citata parte,
quod equidem facere potest, Felin. in c. sicut, num. 4. de
re iud. & publicatis testibus, si iudex testatorem inue-
niat,suum vltimum condidisse testamentum nuncupa
tiuum, illudque à notario nondum in scriptis fuisse
redactum,iudex tunc notario cõmittere poterit, quòd
illud in scriptis redigat, l. publicati, & ibi Alex. nume.
7. & ibi etiam Ias. nume. 4. C. de testam. D. meus Socin.
Iun. cons. 102. num. 5. lib. 3. virtute dicti testamenti nun
cupatiui, hæredi competit remedium huius l. fin. vt di
cit expressè glo. ibi in verbo, depositionibus, C. de e-
dicto D. Hadr. tol. quæ à Doctorib. ibi cõmuniter re-
cipitur, & vt dicam plenè infrà, vbi tracto illum arti-
culum, an virtute dicti testamenti nuncupatiui coram
testibus confecti, remedium d. l. fin. hæredi competat,
nec ne, ad quem locum me reijcio; si ergo hæres virtu-
te dicti testamenti nuncupatiui, per testesque proba-
ti, deinde iudicis licentia, ac præcepto in scriptis à no
tario redacti, in bonorum possessionem testatoris re-
pertorum penes eum tempore illius mortis, immitti-
tur; cur ergo denegare velimus, hæredem non posse
per notarium, & per testes testamentarios probare, in-
terlineationes, apostillationesque fuisse factas, & ad-
iectas, testamenti tẽpore cõditi, testatoris iussu, & vo
lũtate, si totius testamẽti probatio per testes probari,
& adminiculari possit, & testamẽto hoc modo ꝓbato
hæres illius respectu in possessionem immittitur, iu-
xtà d. l. fin. à fortiori ergo immitti debet, si illa pars tã-
tùm, quæ in dubium refricatur, per testes † probatur, 144
quod argumentum à fortiori in iure est validum, Au-
thent. multò magis, C. de sacrosanct. eccles. & illud ar-

 gumen-

gumentum quod est de toto, quo ad totum, idem est de parte quo ad partem, l. quæ de tota, ff. de rei vendi. ergo sufficit constare, etiam per testes testamentarios, notarium rogatum à testatore fuisse, interlineare dictam clausulam, & aliam loco illius surrogare, ad immittendum hæredem in possessionem, vt suprà dixi, Rub. consi. 94. nu. 2. Crau. cons. 216. num. 7.

Et si alio modo intelligeretur, sequeretur id absurdum & inconueniens, quòd de rarò, vel fortè, nunquàm hæres in possessionem immitteretur, vt suprà, cum sæpissimè contingat, quòd notarij in conficiendis testamentis interlineant, mutant, variant, & apostillant, testatoris præcepto & voluntate, vel fortè, quia notarius scribens testamentum, non benè intellexerat testatorem, vel testator non benè intentionem suam notario declarauerat, & tempore publicationis illius multoties testator asserit, non ita velle, & minus, vel plus fuisse scriptum, quàm ab eo dictum, vel fortè, mutat propositum, & dicit, se velle sic, & sic; & ideo hac ratione interlineationes solent sæpissimè euenire, in conficiendis testamentis, & loco clausulis interlineare aliam clausulam surrogare, & cum igitur ita solitum sit fieri, vt etiam tradit Corn. consi. 118. num. 1. in fine, libr. 4. necessario cogimur fateri, hæredem immittendum in possessionem esse, non obstante interlineatione & apostillatione in testamento inserta, per testes adminiculata, quòd tempore conditi testamenti facta, & scripta sit, aliàs nasceretur hoc absurdum, & inconueniens, quòd de rarò hæres in possessionem immitteretur in hoc iudicio summario, cum ferè omnia testamenta cum his interlineationibus & apostillis conficiuntur, vnde ad euitandum hanc absurditatem, quæ omninò est euitanda, l. nam absurdum, ff. de bonis libert. inuitis dentibus fateri debemus, hæredem in hoc iudicio summario in possessionem immittendum esse, iuxtà d. l. fin. cōstito, per testes interlineationem & apostillam, fuisse (iussu & voluntate testatoris) factam.

Et hoc

Et hoc accedente,† nam notarij simplicitas nõ par- 145
tibus nocere debet, gloss. est in l. fin. in verbo, Simplicitas, C. de fideiussorib. Ioan. de Am. consi. 29. nume. 7. Crauet. consi. 117. numer. 5. Dominus meus Socin. Iun. consi. 71. nume. 2. libro tertio, si notarij simplicitas partibus non noceat, hæredi vtique noceret, si testator notario commisisset dictam interlineationem efficere, & apostillam loco illius adijcere, si de prædictis notarius propter eius tantum ignorantiam, non in fine testamenti fidem fecisset, prout de iure requiritur, quia maximum detrimentum erit hæredi non consequi possessionem bonorum testatoris penès eum tempore illius mortis existentium, cum maximum eidem erit commodum, l. possidere. §. commodum. Institut. de interdict. vnde ne notarij simplicitas hæredi noceat, fateri debemus dictam interlineationem, & apostillam probari posse, fuisse tempore conditi testamenti factam, & scriptam, & hoc constito, & per testes perspicuè declarato, hæres in possessionem immitti debet, & in his terminis procedit opinio gloss. in dicta l. final. in verbo, Prima figura, & eius sequacium.

Si verò testes sint mortui,† & notarius solus viuat, 146
veritas tunc per testes haberi non potest, & notario simplici quoque cum suo iuramẽto in hoc de eius laude, opprobrioq́ue tractanti, non crèditur, facto quoque partium mixto existente, Zuchard. in d. l. fin. num. 293. Alexan. consi. 105. num. 4. lib. 2. etiam si notarius sit bonæ famæ, Grammat. consi. 24. nume. 1. in criminalib. Durant. in tract. de arte testan. tit. 1. caut. 6. nume. 3. vbi dicit hanc esse crebriorem Doct. opinionem, sed subiungit ibi, nisi qualitas, personæque conditio, & causæ, aliud suadeat; tamẽ Ias. in l. si duo, §. idem Iulianus, num. 24. & seq. ff. de iureiur. hincinde recitat opiniones, tandem magis inclinat in primam opinionem, videlicet, quod non soli notario credatur, de eius opprobrio, vel laudeque tractanti. à qua opinione non ego dissentio, rationibus & causis infra dicendis, si ergo

veritas

veritas de dicta interlineatione, apostillationeque, non haberi possit, & in dubium refricatur, an notarius tempore testamenti conditi dictam clausulam interlineauerit, loco illius aliam surrogauerit, meritò si hæres hoc in casu in possessionem non immittatur, cù testamentum suis careat solennitatibus requisitis, iuxta d.l.fin.

Et in hoc casu obiectio simplicitatis notarij cessat, nam si non per testes probatur, illum interlineasse, & apostillasse, iussu & testatoris voluntate, tempore côditi testamenti, meritò non potest dici, illud processisse propter defectum & notarij ignorantiam, qui de prędictis omnibus & singulis in fine testamenti fidem non fecerit, cum non probatur, & non constat illum de prædictis fuisse tempore celebrationis testamenti rogatum, sed tunc potius benè dici potest, quòd ius non deficit, probatio autem sic, l.duo sunt Titij, ff.de testam.tut.

Et non sequitur, constat quòd manu eiusdem notarij dictas interlineationem & apostillationem, fuisse factas, & scriptas; ergo illæ omnes tempore conditi testamenti factæ, & adiectæ fuerunt, nisi probatur, notarium de prædictis omnibus fuisse rogatum, Rube. consi.94.num.2.Crauet.consi.216.nume.7. probatio vtique fieri non potest, cum ipsi testes sint mortui, ergo ob interlineationis, apostillationisque suspicionem, non hæres in possessionem immittitur, cum testamentum non oculatam veritatis inspectionem habeat, prout in hoc iudicio summario requiritur, d. l. fin.

147 Et quamuis Gram. consi.65. num.18. in ciuili dicat, quòd depositioni notarij statur, intellige tamen id esse verum, cum contra notarium criminaliter agatur, ad effugiendum illius pœnam, & præsertim quando notarius bonæ famæ sit, Boer.decis.118.numer. 16. non propter id, in alio casu probare habet, Felin. in c.ex literis num.4.de fide instrum. Alex.consi.70.num.4.lib. 1.Gram.ita quoque affirmat, d.cons.65.nume.25. cumq;

etiam semper testamẽtum facilius reprobatur, ne probet, quàm vt falsum arguatur, Crau.consi.56.nume.20. & vt aliàs supra dixi, aliàs si soli notario absque testibus testamentarijs crederetur, id sequeretur absurdũ, quòd malitijs, fraudibusque via erit aperta. nam in eius facultate erit, totam testamenti substantiam subuertere, & testamentum falsificare, mutando verum, addendoq; falsum quod de iure non permittitur, nam esset contra l.conuenire.ff.de pact. dotal. malitijs hominumque fraudibus non est indulgendum, potius autem obuiandum est, D.meus Soc.Iun.cons.106.num.37. lib.3. Alciat.in tract.præsumpt.regula 3. præsumpt. 13. num.5.in fin.

Et destructio quoque illius † communis opinionis 148 ita distinguentis erit, an quando notarius sine iudicis auctoritate suum corrigere errorem possit, quæ hoc modo distinguit, & dicit, aut error in testamenti substantia est, aut est circa ea, quæ ad notarium pertinent, vt est, dies, & indictio, si est circa substantiam, tunc nõ sine partis citatione, & absque causę cognitione illum errorem corrigere potest, Alcia.in tract.præsumpt.regul.3.præsumpt.13.num.6. si verò est error circa diem, & indictionem, & similia alia notario pertinentia, & tunc illa communis subdistinguit, aut copia parti erat data, vel non. si copia parti ipsius testamenti erat data, tunc neque suum errorem corrigere, mutare, vel vnã syllabam non addere poterit, absque decreto iudicis valido, & sine causæ cognitione, aut copia non parti erat adhuc data, & tunc potest. nam incontinenti suum errorem corrigere censetur, antequam copia testamẽti parti sit attributa. Felin.in c.ex literis, nume.6. & 8. de fide instrum. Cagnol.in l.si librarius, num.21.& seq. ff.de regu.iur. Duran.in tract.de arte testan.tit.10.caut. 4.num.3. Alex.cons.70.num.4.lib.1.Soc.cons.277.num. 6.lib.2.Paris.consi.28.num.41.& sequent.lib.2. Grammat.cons.68.num.53.& sequent.in ciuil.& cons.24.per totum, in crim.

Et quamuis Ias.in l.admonendi in rep.num.163.ff. de iu-

de iureiur. velit, quòd notario viuente, si instrumentum in solennitatibus requisitis defectuosum sit, notarius possit instrumentum partibus traditum reficere, intellige tamen, hanc Iason: propositionem esse veram, illo prius docente de errore, aliàs instrumentum erit suspectum, Rip. in d. l. admonendi, num. 162. nisi notarius sit mortuus, nam tunc instrumentum semiplenam faceret probationem, Alexan. in l. de pupillo, §. qui nunciat, num. 7. ff. de noui oper. nunc. Ias. in d. l. admonendi, in 1. lect. num. 87. & in rep. num. 163. qui communiter est receptus, vt per Rip. ibi num. 164. si ergo error circa substantialia sit. notarius absque causæ cognitione suum errorem corrigere non potest, aliàs sibi malè consuleret, vt per Alex. d. cons. 70. nume. 4. & per alios Dd. præallegatos vt suprà, ergo ex rationis identitate dici debet, notarium non potuisse interlineare, apostillareque in verbis substãtialibus dicti testamenti, absque iudicis decreto, & sine causæ cognitione. quod equidem totum contrarium erit, si ipsi notario soli absque testibus testamentarijs crederetur, si quoque per literarum illius comparitionem constaret, illas interlineationes, & apostillationes, manu eiusdem notarij esse scriptas, & interlineatas, non tamen sequitur eas interlineasse, & apostillasse, tempore conditi testamenti, & notarium de illis fuisse rogatum, Rube. cons. 94. num. 2. nisi in fine instrumenti, & in corpore illius fidem faceret de prædictis interlineationibus, & apostillis, aliàs d. fide ab eo prætermissa, sicuti non crederetur notario, pariter quoque eius scripturis nó creditur, Crau. cons. 6. num. 67. & cons. 41. nu. 2. & propterea ex his concludo, in hoc casu, hæredem in possessionem non esse immittẽdum, cum testamentũ suo requisito necessario careat, iuxta d. l. fin. & ibi Dec. nu. 37. vers. 2. conclusio.

Et si diceretur, quòd apostilla sine die sit, tamen cũ fuit in eodem testamento adiecta, & in principio testamenti dies & indictio reperiantur, ergo dies & indictio sub eadem apostilla repetiti intelliguntur, Cagn. in l.

in l. si librarius, num. 25. ff. de reg. iur. Alex. cons. 59. nu. 5. vers. non obstat, lib. 2. D. meus Soc. Iun. cons. 102. nu. 2. lib. 3. & alij commemorati patres ad id propositum præallegati vt supra.

At ego id fateor esse verum, si constaret notarium de dicta interlineatione, apostillationeque, tempore conditi testamenti rogatum fuisse, sed rogatio per aduersantem contra hæredem negatur, & non probatur, per fidem notarij in fine testamenti, prout de iure requiritur, quia talis fides in fine testamenti non est, neque etiam per testes testamentarios probatur, se interlineasse, & apostillasse, tempore testamenti conditi, ergo repetitio diei, & indictionis, non fit, quia non sequitur, notarius interlineauit, & apostillauit, ergo de dicta interlineatione, apostillationeque rogatus fuit, Rube. cons. 94. num. 2. Crauet. cons. 216. num. 7. & si alio modo diceretur, id absurdum sequeretur, quòd in notarij facultate esset, post testamenti perfectionem, tales & tales clausulas interlineare, & loco illarum alias adijcere, & denique totum testamentum subuertere, immò non potest notarius suum errorem corrigere, circa verba substantialia, absque causæ cognitione, & sine iudicis decreto, secundùm crebriorem, verioremque Doctorum conclusionem, vt dixi suprà, igitur &c.

Et hac ratione plerique existimauere, † quòd productio originalis testamenti requiratur, ad hoc, vt videri posit, an originale sit abolitum, vel in aliqua illius parte substantiali vituperatum, quod equidem videri non poterit, nisi originale producatur, ergo originale est producendum, Bart. in l. 2. §. si quis duobus. ff. de secund. tab. Castr. in l. fin. in 2. not. & ibi etiam Dec. num. 13. versi. & quod dicitur, C. de edict. D. Hadr. tol. Durã. in tract. de art. testan. titu. 11. caut. 10. num. 5. D. meus Soci. Iun. cons. 2. num. 2. lib. 2. 149

Alij verò contrarium † censuere, quòd immò sufficiat exhibitio exempli testamenti authenticati, & in publicã formam cum suis requisitis, manu eiusdẽ notarij 150

releua-

releuati, ad immittendum hæredem in poſſeſsionem, iuxtà d.l.fin.vt dicit Aretin.in §.nihil autem, nume.6. & ſequent.Inſtit.de teſtam.Pract. Papien. in forma libel.quo pet.hæred.ex teſtam.in glo.non abolitum,nume.4. Deci.ſibimet contrarius,in Authen.ſi quis in aliquo,num.15.C.de eden.Iaſ.in d.l.fin.num.4.& ibi etiam Zuchard.num.77.& ſequen. ratioque in promptu eſt, nam originale penes notarium ſemper remanere debet,c.quoniam contra,de probat.ibi,ita quod originalia penes ſcriptores maneant.Pariſ.conſ.28.num.24. lib.2.ſi originale ergo apud notarium remanere debeat & non parti tradi, ſequitur neceſſariò, quòd exemplum ſolenniter authenticatum ſufficere debet, ſi ita exhibeatur.

Neq; erit neceſſe originale exhibere, cum dictum exemplum authenticatum eadem notarij authoritate nitatur,prout originale,ergo illud ſufficere debet, Aretin.in d.§.nihil autem,nume.7.Ripa in l.admonendi, num.148.& pluribus ſequen.ff.de iureiurand.niſi originale petatur, vel exemplum in dubium refricetur, nam tunc iudex notarium ad exhibendum protocollum compellere poterit, Lanfranc.in c. quoniam contra,num.21.& ſequen.de probat.Cagnol.in l.ſi librarius,nume.33.ff.de regul.iur. Ripa in d.l.admonendi,nume.149.D.meus Cæphal.conſ.287.num.36.ſed ſecùs verò erit,ſi exemplum in dubium non reuocetur,& originale non petatur,nam tunc probaret, & exemplum ſufficeret,cum interim præſumptio ſit pro inſtrumento authenticato,l.fin.ff.de fide inſtrumen.Curt.Iun.in d.l.fin. num. 35. etiam ſi inſtrumentum originale non reperiretur,Cagn.in l.ſi librarius,nu.83.ff.de reg.iur.

Nec prædictę opinioni obſtat doctrina Bart.in §.ſi quis duobus,quia aut malè loquitur,aut debet intelligi, quando illud teſtamentum, quod exhibetur,merè exemplum ſit, & non in publicam formam redactum, ita ad dictam doctrinam Bart.reſpondet Dec.in d. Authen.ſi quis in aliquo,nu.15.& Zuchar.in l.fin.num.77. C.de edict.D.Hadr.tol.

Et ſimi-

Et similiter etiam sufficit † ostendere testamentum exemplatum & authenticatum cum suis requisitis manu alterius notarij, quando notarius de illo fuisset rogatus, & quoque defunctus fuisset, vel absens in longinquis partibus, vel ex alijs suis similibus causis impeditus, dummodò alter notarius, qui illud releuat, & in publicam formam redigit, hoc faciat cum licentia & iudicis auctoritate, quæ licentia cum dicto testamento simul releuato, exhiberi debet; aliàs non probaret, Aretin. in d. §. nihil autem, nume. 6. Decius in d. Authen. si quis in aliquo, num. 13. Zuchard. in l. fin. nume. 78. C. de edicto D. Hadr. tol. D. meus Cæphal. cons. 287. num. 37. 151

Resultat igitur ex † prædictis conclusio mea clara, secundùm magis communem, & veriorem Doct. conclusionem, quòd non contradictore legitimo existente, exemplum cum suis requisitis authenticatum exhibere sufficit, existente verò legitimo contradictore, petenteque testamenti originale produci, & exhiberi, negante originale in cõtrarium manere, & tunc mediante iudicis præcepto, originale exhibere tenetur; nam quando exemplum authenticatum in dubium refricatur, originale est producendum, l. fin. & ibi Scribentes, C. de fide instrum. D. meus Cæphal. cons. 287. nume. 36. & si illud constiterit, in aliqua illius parte substantiali vituperatum & cancellatum esse, & tunc hæres in hoc iudicio tam summario in possessionem non immittitur, Ias. in d. l. fin. num. 7. & ibi etiam Zuchard. post Doct. ibi nume. 79. dummodò (vt dixi) illa interlineatio & apostilla non à testibus testamentarijs approbata sit, illam tempore conditi testamenti testatoris iussu & voluntate factam & adiectam fuisse, respectiuè vt suprà, aliàs interlineatio & apostillatio hæc impediret hæredem in possessionem immitti, cũ testamentum suis careret requisitis, iuxtà d. l. fin. nisi notarius in fine testamenti, & in illius corpore fidem de dicta interlineatione & apostilla faceret, nam tunc testamentum probaret, & non vitiatum censetur, me- 152

ritò vtique si hæres in possessionem immittitur, vt supra distinguendo dixi.

153 Et caueat notarius, † quòd ad petitionem testatoris non laceret, neque cancellet testamentum, de quo fuit rogatus, nam falsarius præsumeretur, Rip. in l. admonendi, num. 150. ff. de iureiuran. & iudicis arbitrio puniretur, Bart. in l. 2. §. si plura. ff. quemad. testam. aper. quam eius doctrinam approbat Lanfran. in c. quoniam contra, in verbo, Instr. product. num. 30. de proba. Cagnol. in l. si librarius, num. 56. ff. de regu. iur. Alex. consi. 74. nu. 2. lib. 1. Crau. cons. 228. nu. 4. & ratio est in promptu, nam illa solennitas, quæ in conficiendo testamentum interuenit, eadem in dissoluendo illud interuenire debet, Cagnol. in l. nihil tam naturale, num. 2. & seq. ff. de regul. iur. Crau. cons. 228. in princ. tum quia solitum est primum testamentum per secundum perfectũ regulariter tolli, §. posteriore. Instit. quib. mod. testa. infirm. l. si quis priore, ff. ad Trebel. quod argumentum à solitis in iure est validum, argumento l. patre furioso, ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. cum igitur ita sit, ergo testamentum per notarium lacerari non debet, sed per aliud tollere, de quo solenniter rogatus sit, aliàs si alio modo diceretur, materia notario delinquendi daretur, si testamentum sine alio rogitu, & testiũ solennitate delere, & illud lacerare poterit, quod non est dicendum, cum non malitijs hominum indulgendum sit, sed potius obuiandum, l. conuenire, ff. de pact. dot. ergo ad remouendum hanc falsitatis facilitatem à notario perpetrandam, necessariò ex prædictis rationibus cogimur fateri, notarium non posse sine alio rogitu, & absque testium solennitate testamentum delere, & lacerare, immò testator coram septem testibus notario mandare debet, testamentum aboleri, & cancellari, & tunc ita cancellatum irritatur, Crau. consi. 228. in princ.

Et quia non est verisimile, ex simplici laceratione, sine alio rogitu, sineque eadem solennitate, quæ in cõficiendo testamentum interuenit, illud ex testatoris

volun-

voluntate fuisse laceratum, imò facilimè notario tunc creditur, in margine asserenti, testamentum illud per errorem fuisse ab eo interlineatum, nam ipsa illius attestatio est verisimilis, cum de contrario rogitu per illũ non constat, cui verisimilitudini attenditur, l. quod non est verisimile, ff. quod met. caus.

Et prout dicitur de libro priuato, qui non simpliciter probat, tamen cum verisimilitudinem contineat, tunc dicto libro fides adhibetur, Crauet. consi. 73. sub num. 41. tractaturque in dicto casu de conseruando testamentum, neque de annullando illud, attestaturque de eo quoque quod officio notarij attinet, meritò, si in hoc casu, (tot cõiecturis concurrentibus) notario credatur, Iason in l. si vnus, numer. 9. in fin. C. de testament.

Instrumentoque lacerato absque lacerationis rogitu, tunc de contentis in eo iuramento hæredis statur, Addi. ad lecturam Bart. in d. §. si plura, Deci. consi. 251. num. 18.

Si autem testamentum in † scriptis conditum sit, quod pluribus equidem modis fieri potest, vt per Durant. in tract. de arte testan. tit. 2. caut. 1. & 4. & pleniùs per dominum meum Soci. Iun. consi. 24. lib. 3. & manu testatoris sit scriptum, illudque semper penès testatorem remaneat, in quo nõ tam facilè falsitatis suspicio cadere potest, vt per Durant. in loco allegato, caut. 4. in fin. & hoc in casu censeo, testamentum ab ipso testatore fuisse interlineatum, & apostillatum. nam semper interlineatio & apostillatio ab eo obuenisse præsumitur, apud quem illud extitit, Ias. in l. si vnus, num. 9. C. de testam. Zuchar. in d. l. fin. num. 290. Rub. cons. 95. nu. 4. meritò vtiq; erit, si in hoc casu dicto testamento exhibito, in scriptis condito, hæres in possessionem immittatur, iuxta d. l. fin. 154

Et hæc quoq; opinio sibi locum vendicat, si testamentum reperiatur desigillatum, dummodò illud semper penès testatorem remanserit, nam tunc ab eo præsumitur interlineatum, & apostillatum, Alex. in d. l. si

vnus,nu.7.& hoc in casu illa opinio verificatur, quòd
355 testamentum in scriptis † per literarum comparitionem probatur, & illa probatio ita emanata valet, Soci. in l.si ita scripsero, nume.3. prope finem. ff de condit. & demonstrat. Alexan.consi.239.num.2.lib.6. D.meus Socin.Iun.consi.189.nume.7.16.& 97.libro 2.secùs verò erit, si non testatoris manu sit scriptum, sed aliena tantum manu sit, quod equidem fieri potest, vt per Durantum, & dominum meum Socin.Iun. vt suprà, & tunc hoc in casu puto sic distinguendum esse, aut hæres mortuo incontinenti testatore palam & coram testibus testamentum inuenit, & illud coram eis legit, reperitque illud interlineatum & apostillatum esse, & tunc fraus cessat, quia illa interlineauit, & apostilla obuenisse ab ipso testatore præsumitur, penes quẽ testamentum semper extitit, Doctores præallegati, vt suprà, meritò si in dicto casu hæres in possessionem proculdubiò immittatur; secùs verò erit, si post testatoris obitum incontinenti testamentum non sit repertum, nec visum, neque lectura, cum dictis interlineationibus & apostillis, vt suprà dixi, & quamuis probatur, quòd viuente testatore illud penes testatorem semper remansisset, non tamen sequitur, quòd interlineationes & apostillationes ab ipso tantum testatore factæ & scriptæ fuerint, nam nõ probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, l. non hoc, C. vnde legit. l.neque natales, C.de probat. & in dubio probatio contra probantem interpretatur, etiam si de materia fauorabili ageretur, Deci.in c.in præsentia, in fine, de proba. & consi.321. nume.6. & consi.531. nume.5. immò eo in casu interlineationes, apostillationesque ab ipso hærede præsumuntur emanatæ, penes quem testamentum post testatoris obitum extitit, Zuchar.in d.l. fin.num.290.cum igitur ita sit, meritò si hæres in possessionem non immittatur, cum testamentum suis careat requisitis, iuxtà d.l.fin.

De consuetudine, eiusq́; probatione, longè lateq́; discussum.

Et plerique hanc † existimauere conclusionem esse veram, non aliqua consuetudine existente in ciuitate, vel eo in loco, in quo præsens iudicium agatur, nã si hæc consuetudo in conficiendo testamenta, illaque delendo, apostillandoque vigeret, eidem quoque attenditur, cum consuetudo sit altera lex, licet non sit scripta, l. de quibus, ff. de legi. & ibi Scribentes, §. ex nõ scripto, Instit. de iur. natural. gent. vel ciuil. & in conficiendo testamenta seruatur, Alexan. cons. 73. nume. 6. vers. & verè, lib. 1. dominus meus Soc. Iun. consi. 59. nume. 22. lib. 3. Rimin. Iun. in §. 1. num. 342. & seq. Instit. de donat. & multum circa vltimas voluntates operatur, taliter quod consuetudo valet, de testando cum minori septem testium numero, contra iuris formam, Ioan. de Am. consi. 43. num. 3. nam ea quæ de testamenti solennitate sunt, vt est locus, tempus, subscriptioque testium, & similia, per consuetudinem tolluntur, Alex. in l. de pupillo, §. qui nuntiat, num. 10. & pluribus seq. ff. de noui oper. nunt. quæ consuetudo inducitur, & valet, Principe quoque ignorante, Curt. Iun. consi. 162. num. 3. 156

Et præsertim † cum consuetudo vigeret tanti temporis, quod initij, &c. nam tunc non bona, vel mala fides, nec superioris scientia requiritur, Ias. in l. de quibus, nu. 45. ff. de legi. Dec. consi. 586. num. 2. 157

Et dispositio in qualibet materia à consuetudine regulatur, Cagn. in l. si quis maior, num. 72. C. de transact. vbi infinitas auctoritates allegat ad id propositum tendentes, idem Cagno. tenet in rubr. ff. si quis ius dic. non obtemp. num. 24.

Consuetudo est origo, formaque, ac principium omnium iurisdictionum, Craue. cons. 238. num. 7. Principisque potestatem habet, iurisdictionem tribuit ordinariam, legem scriptam, canonicamque vincit, Ioan. de Am. consi. 43. num. 9. & in opinionibus præualet, Socin.

Socin.consi.169.num.13.libro secundo.

Et consuetudo tripliciter practicari potest, iure actionis, per viam exceptionis, & iudicis officio mediante, Bartol.in l.de quibus, nume.16. & ibi etiam Iason num.86.

158 Et tria ad probandum† consuetudinem sunt necessaria, videlicet vsus populi, frequentia vsus, ac temporis diuturnitas. Alex.consi.173.num.7.lib.6. Corn.consi.293.num.7.in fin. & seq.lib.1.Soc.cons.7.num.8.lib.1. Dec.cons.483.num.24. & seq. vbi dicit, hanc esse communem Dd.opinionem, idem affirmat Curt.Iun.cons. 184.num.10.Paris.cons.27.num.35. & pluribus seq. lib. 1.Grammat.consi.89.num.4.& seq.& cons.127. nume.4. in ciuil.Ioan.de Am.cons.151.num.7.subdens ibi, quòd si vnum substantiale deficeret, non censeretur consuetudo probata, vt ibi per eum, & per alios Dd. præallegatos vt suprà.

159 Et testes de vno actu † cõsuetudinem inducente deponentes, & alij de diuerso actu ad probandum consuetudinem deponentes, non coniunguntur, Rip. in l. admonendi, num.208.ff.de iureiur. immò sunt singulares, & consuetudinem non probant, secundùm crebriorem Dd.opinionem, Alex.cons.173.nume.7. lib.6. Socin.consi.10.nume.1.lib.4.Decius consi.275. num.11. & consi.225.nume.3.& consi.538.num.10.in fine, & seq. Brun.Ast.consi.36.num.8.Paris.consi.27.num.39. libro primo.Grammat.consi.89.nume.6. in ciuilib. nisi consuetudo generalis vigeat, nam tunc testes singulares probant, Dec.consi. 486. nume.2. in fin.Paris.consi.25. num.46.lib.4. dummodò depositiones testium ad eundem finem tendant, secundùm receptissimam Dd. conclusionem, vt per Ioan.de Am.consi.primo, num.61.& pluribus seq.

Imò consuetudo generalis non alia indiget probatione, ex quo iudex in notoria consuetudine supplere potest, Ias.in l.iubemus, nume.4. C.de iud. Curt. Iun. consi.173.num.7.& cons.24.num.2.Dec.consi.655. num. 26.& cons.540.nume.12. & satis est, quòd allegatur, & iudex

iudex suppleat, Dec.cons.559.num.9.& cons.586.num.
2. Curt. Iun. consi.171. in princip. & consi.173. Crauet.
consi.104.

Et iudex ex officio, & non citata parte in Camera se informare potest, Dec.cons.447.nu.10.in fin.& seq. D.meus Soc.iun.cons.65.num.39.& seq.lib.1.

Imò pleriq; censuere, † quòd in hac generali con- 160
suetudine tam notoria, eius allegatio non sit necessaria, Gram.consi.60.num.3.in ciuil.Crau.cons.137.num.5.quod ego falsum esse censeo, cum notorium non releuat ab onere allegandi, sed illud tantum probandi, sic releuat, Ias.in l.de quibus, num.88.ff.de legi. nisi notorium ex actis constat, nam tunc absque eo quod allegatur, iudex supplere potest, Ias.in l.ex quocunque, nume.36.& ibi etiam Curt. Iun.nu.16. ff.si quis in ius vocat.non ier. Cagno.in l.lecta, num.169.ff.si cert.pet. Deci.consi.163.nu.8. circa medium, vers. sed etiam ad hoc respondetur.

Alij autem sentientes in contrarium † de hoc vlt. 161
dicto, dixere, quod opinio contraria sibi locum vendicat, in consuetudine, quæ respiciat ordinem procedendi, cum non maximi præiudicij sit, meritò si de illa iudex in Camera se informare potest. secùs verò erit, in consuetudine, quæ causæ decisionem concernat, nam illa tunc citata parte probari debet, Decius consi.402.num.12.& consi.483.num.27.in fine, & sequent. & consi.538.num.8.Socin.consi.36.num.11. & consi.39. num. 28.lib.4.Curt.Iun.consi.184.nume.9.in fin.immò consuetudo semper est probanda, vt exclamant omnes Doct.in d.l.de quibus, & Can.in c. fin.de consuetu.in 6.Decius in tribus vltimis consilijs allegatis, Paris.cõsi.27.num.35.& sequ.lib. 1. & consi. 46. num.67.eodem lib. D.meus Socin.Iun.cons.68.num.106.lib.3. Crauet. cons.96.num.4.& consi.134. num. 5. in fin. & consi. 325. num.1.

Vel & allegantes in contrariũ loquũtur in generali vniuersaliq; consuetudine per totam Italiã vigente, vtputà quod collectę forensibus imponantur, nã tunc suffi-

ſufficit, quod hæc conſuetudo allegetur, & iudex in camera informationem ſuſcipiat, Curt.Iun.conſi.61.nu. 7.& ſeq. & prout quoque eſt illa conſuetudo vniuerſalis per totam Italiam vigens, videlicet quòd penſiones, canonesque, de moneta currenti tempore ſolutionis, ſoluantur, nam illa tanquam notoria, & generalis, non probatione indiget, Curt. Iun. conſ.24. num.1.& ſeq. vel quòd ſponſa ante matrimonium conſumatum & non vxor dicatur. nam illa conſuetudo tanquam vniuerſalis & notoria, non alia indiget probatione. ſatis autem eſt, vt allegetur, & iudex ſuppleat, Dec.conſi.540.num.12.Curt.Iun.conſ.174.num.7.& prout quoque eſt illa conſuetudo vniuerſalis, quæ eſt, quòd regulariter delictum nō punitur, niſi ſequatur effectus. Crau.conſ.137.num.5.& ſeq.

Et ſi de alia conſuetudine particulari, Doct.in contrarium ſentientes, loquantur, malè & perperam loquuntur, cum (vt dixi) conſuetudo plenè ſit probanda. nam eſt quid facti, ideo articulari & probari debet, vt plenè traditur in l.2.C.quæ ſit long. conſuetud. & per Doct.in d.l.de quibus, Soc.conſi.39.nu.27. lib.4. & qui eam allegat, illam quoque probare debet. Corn.conſi. 322.num.10.lib.1.Soci.conſi.46.num.51.& conſi.181.nu. 1.lib.4.

162 Et teſtes debent deponere de viſu actus, † cuius cōſuetudo allegatur, & de actuū frequentia, & tales vſus eo animo, & intentione factos fuiſſe, vt cōſuetudo inducatur, ita & taliter, quòd tacitum populi cōſenſum, vel maioris partis, interueniſſe appareat, præſertimq; in his actibus voluntarijs, qui meræ facultatis ſunt, in quibus non conſuetudo inducitur, vel non ſaltem ita facili, vt pulchrè per Dec.conſ.215.nu. 2. & ſeq. & per Crau.conſ.134.num.6.

163 Et ſi teſtes ſimpliciter deponant, † conſuetudinem eſſe, & ita obſeruari, illam non probant, cum conſuetudo ſit iuris, §.ex non ſcripto. Inſtitu. de iur.natural.& teſtes de facto tantum deponere debent, & non iudicare, & ideo non probant, Alex.conſ.173. nu.7.lib.6.Dec.

conſ.

conſ.483.nu.24. Curt.Iun.conſ.184.num.10.etiam ſi te-
ſtes eſſent mille ita deponentes,non probarent. Io.de
Am.conſ.111.num.2.& conſ.151.nume.7.Crau.conſ.134.
num.6.& ſequ.& num.24.verſic.non obſtat, teſteſque
etiam non interrogati de ratione conſuetudinis con-
grua deponere debent,aliàs minimè probarent. Deci.
conſil.538.nu.10. etiam ſi periti ſint. Pariſ.conſ.27.nu.
38.lib.1.

Aduertantque igitur optimè aduocati, † ad articu- 164
landum conſuetudinem,vt in ſpecie actus exprimant,
ſuper quibus cõſuetudo ſeruata fuerit,& cum tempo-
ris diuturnitate ſit,aliàs non admittuntur. Curt. Iun.
conſ.184.nu.10. Crau.conſ.134.num.6.& ſeq. & ideo in
formando articulos, & ad probandum cõſuetudinem,
magna requiritur diligentia.Curt.Iun.conſ.184.nu.9.
in fi.Pariſ.d.conſ.27.nu.36. & ſeq. Crau.conſ.325.nu.1.
& in practica cõſuetudo difficilis probationis ſit. Ca-
gnol.in l.2.num.94.C.de pact.inter emp.& vend. Dec.
conſ.215.Pariſ.conſ.25.nu.20.lib.1. neque iuramentum
ſuppletorium ad probandum conſuetudinem defer-
tur.Al.conſ.173.nu.10.lib.6. Crau.conſ.325.num.1.qua-
re aduertat ſemper aduocatus,in articulando conſue-
tudinem, nam ſi illam benè articularet, eam quoque
optimè probaret.

Et ad probandum † conſuetudinem per inſtrumen 165
tum,exhibitio plurium teſtamẽtorum ſufficit,ex quo
rum inſpectione deprehẽdatur,ita fuiſſe obſeruatum,
nam illa tunc probatio,quæ ex plurium inſtrumento-
rum inſpectione probatur,ſufficit, tanquàm notoria,
& non alia indiget probatione. Dec.conſ.11.nu.9.verſ.
ad hoc fundamentum. Curt. Iun.conſ.106.num.5.in fi.
Crau.conſ.134.nu.9.

Alij autem contrariũ cenſuêre, quòd immò ex pro-
ductione plurium inſtrumentorum non conſuetudo
probatur.Iaſ.in l.de quibus nu.96.ff.de legi.Pariſ.cõſ.
23.nu.13.lib.4.quod cenſeo eſſe verum, quando inſtru-
menta ab vno tantùm notario confecta ſint, nam tunc
vnum teſtimonium erit.meritò ſi ille nullam efficaciã

ad inducendum consuetudinem haberet, & in his terminis, hæc 2. opinio procedit, secùs verò erit, si à diuersis notorijs ad instantiam personarum diuersarum instrumenta fuissent confecta, & antiqua essent. hoc in casu proculdubio, illis productis, consuetudo erit probata, & ita in his terminis loquuntur Doct. primã opinionem tenentes, & hanc distinctionem quoque expressè approbat Crau. in tracta. de antiqu. temp. in 1. par. nu. 75. in fi. & seq.

166 Et quamuis nonnulli dixêre, † quòd ad constituendum consuetudinem requiratur quoque quòd in contradictorio iudicio obtenta fuerit, & super illam iudicatum fuerit, vt per Paris. cõs. 98. nu. 82. lib. 1. & cons. 31. nu. 44. lib. 4.

Veruntamen ego hanc reor opinionem esse falsam, & hac ratione moueor, nam considero, quòd cõsuetudo nihil à lege differt, nisi tanquàm tacitum ab expresso, d. l. de quibus d. §. ex non scripto, sed sic est, lex absque iudiciario actu expresso inducitur, ita ergo & tacitè consuetudo inducitur, cùm consuetudo quædam populi moribus constituta sit, quæ pro lege seruatur, c. consuetudo, prima dist. Dec. in rub. extra de consue. nu. 3. Io. de Am. cons. 43. nu. 2. ergo ad cõstituendum cõsuetudinem non requiritur, quòd in contradictorio iudicio obtenta fuerit.

Et quamuis actus iudiciales consuetudinem inducant, tamen iudicium non est causa consuetudinis, sed benè est, nam ex illis actibus faciliter tacitus populi consensus deprehenditur, & probatur. Barto. in d. l. de quibus nu. 13. & sic prodest, quòd in contradictorio iudicio obtenta fuerit, non tamen est necessarium, secundùm crebriorem Doct. opinionem. Corn. cõs. 293. col. 4. in prin. lib. 1. & cons. 55. nu. 6. lib. 4. Soci. cons. 99. nu. 3. lib. 1. Io. de Am. consil. 43. nu. 2. hancque sequendo affirmat communem. Crau. cons. 55. num. 6. & in tract. de antiq. temp. in 4. par. nu. 17. vers. sed contrarium. benè autem non dissentio, quòd ad constituendum consuetudinem, contradictio saltem extraiudicialis requiratur,

ratur, vt ſentit Alex.conſ.173.num.8.lib.6. Crau.& alij
commemorati patres vt ſuprà.

Et maximè in actibus voluntarijs, ex quibus conſue
tudo non inducitur. Dec.conſ.437.nu.5.etiam ſi cõſue-
tudo immemorialis eſſet. Gram.conſ.142. nume.1.niſi
contradictio extraiudicialis, vel iudicialis interuene
rit, ex qua cõtradictione conſuetudo inducitur, vt di-
xi: ergo contradictio extraiudicialis ſaltem ad conſti-
tuendum hanc cõſuetudinem in hoc caſu requiritur.
Doct.præallegati vt ſuprà.

Verùm licèt omnia requiſita † ad cõſtituendum con 167
ſuetudinem interuenerint, & probentur, tamẽ quoad
caſum noſtrum pręſentis materiæ, illa conſuetudo nõ
admittitur, ſed tanquàm nulla, & iniqua, in illis caſi-
bus, in quibus (vt prædixi) reijcitur, exiſtente interli-
neatione & apoſtillatione in teſtamento inſerta, abſq;
eo, quòd notarius fidem fecerit, de illis in fine & cor-
pore teſtamenti, ex quo dicta cõſuetudo eſt contra ius,
per illamq; materia fabricandi teſtamentum falſum à
notario, vel ab hærede daretur, contra l.conuenire.ff.
de pact. dot. quare igitur tanquàm iniqua, iniuſtaque,
non valeret, c.fi.de conſuet. cùm potius vna corrupte-
la, quàm conſuetudo dicatur, & ideo non valet, etiam
ſi de principis conſenſu approbata eſſet. Felin.in c.ad
noſtram, nu.4.de probat. Iaſ.in l.de quibus, nu.68.ff.de
legi.& in l.moribus, nu.1.ff.de vulg.& pup.ſubſt. Soci.
conſ.92.nume.14.lib.3.Deci.conſ.77.num.6.Grammat.
conſi.127.nume.5.in ciuil. Pariſ. conſ.27.num.56.verſi.
item quando, lib.1.D.meus Soci.Iun.conſi.98.nume.19.
& ſeq.lib.3.Crauet.conſi.137.num.1.& ſequ.ex quibus
patet, hanc eſſe communem, veriorem, & magis æquã
opinionem.

Cumq; illa conſuetudo nutritiua peccati eſt, & con
tra ius commune irrationabilis cenſetur, & ideo non
valet, etiam ſi obſeruata fuiſſet, per tantum tempus,
quod initij memoria hominum in contrarium nõ ex-
tat: nam illa potius corruptela, quàm conſuetudo di-
citur. Pariſ.d.conſ.27.nu.46. & pluribus ſeq. D.meus

Soc.

Soc.Iunior conſ.101.nume.9.& ſeq.lib.2.immò ſolùm quòd ſit contra ius, eſt irrationabilis. Franc. de Aret. conſi.44.num.2.Crau.conſ.96. num.3. & ideo eſt inualida,dominus meus Soc.Iun.conſ.101.nu.7.lib.2.à fortiori hæc erit inualidiſſima, cùm per illam materia falſum fabricandi teſtamẽtum daretur,quod argumentum à fortiori in iure eſt validum, auth.multò magis. C.de ſacroſ.eccl.

Nec dictæ opinioni obſtat, dicere quòd cõſuetudo vim legis habeat, d.l.de quibus. & ibi per Scribentes, & quòd omnis ab eo diſpoſitio regulatur. Cagn.in l.ſi quis maior,nu.72.C.de tranſact. & vt adduxi pro parte contraria.

Nam ego reſpondeo, & dico, quòd dicta concluſio non ſibi locum vendicat,quando conſuetudo ſit irrationabilis, & iniuſta, materiamque falſum perpetrandi præbeat, nam illa tunc irrationabilis eſt,nimirum ſi eidem quoque non attendatur, iuxta cap.fin.& ibi Doct.de conſuet. Pariſ. conſ.27.num.56. verſ.item quando,lib.1.D.meus Socin.Iun.conſil.98.nume.19.& ſeq.lib.3.

Nec obſtat doctrina Alexandri in d. §. qui nunciat, nu.10.& pluribus ſeq.vbi dicit,quòd conſuetudo tollere poteſt, vt teſtamento ſine teſtium ſubſcriptione credatur,& licèt ſubſcriptio teſtium adhibeatur,vt facilius falſitas remoueatur,tamen hoc non obſtante dictæ conſuetudini attenditur,cùm ſubſcriptio teſtium non de teſtamenti ſubſtantia ſit, ſed tantùm de ſolénitate,& ſicuti conſuetudo tanquàm inſtrumẽtum publicum valet, c. cùm dilectus, de fide inſtr. ita pariter hæc quoque valere debet,vt ibi per Alex.

Cui doctrinæ ego reſpondeo,& dico,quòd allegata per Alex.in dicto loco, ſibi locum vendicant,quando non conſtaret in verbis ſubſtantialibus aliter fuiſſe ſcriptum, prout erat in propoſito ſuo articulo, vbi arguit,de ſcriptura priuata ad ſubſcriptionem inſtrumenti ſine teſtibus, cui per conſuetudinem inducitur credulitas,ac ſi inſtrumentum foret publicũ,quæ con-

ſuetudo

suetudo valet, alia scriptura in contrarium nō existen
te,d.c.cùm dilectus. secùs verò erit,in nostro præsen-
ti articulo proposito, in quo constat, verba aliter in
verbis substantialibus fuisse scripta,quæ deinde repe-
riuntur interlineata,loco illius alia surrogata, meri-
tò ne materia falsum fabricandi cōcedatur, necessariò
cogimur fateri,consuetudinem hanc non valere,vt in-
terlineationi,apostillationi, sine rogitu notarij & te-
stium credatur,d.c.si. ergo de articulo Alexandri ad ca
sum nostrum tanquàm ex diuerso, non benè infertur,
l.Papinianus exuli.ff.de minorib.

Imò,si Alex.doctrina rectè prospiciatur,magis pro
hac mea opinione facit, quàm econtrà:nam vult,
quòd ea,quæ de instrumēti substantia sunt, nō sine te-
stium subscriptione valeant,& ideo nec d.consuetudo
valet,vt ibi per eum,si ita est in casu nostro interlinea
tio, & apostillatio, sine notarij fide,& sine rogitu &
subscriptione testium est,in verbis testamēti substan-
tialibus:ergo dictæ interlineationi, apostillationiq;,
nō creditur, neq; d.cōsuetudo quoq; tanquàm peccati
nutritiua valet,secundùm Alex.vt suprà allegatum.

Et si consuetudo † longæua sit, non sine superioris 168
licentia,& patientia valet, quia est contra ius commu-
ne.Grām.cons.142.nu.9.in ciuil. Crau.cons.96.num.6.
aliàs si contrāriū diceretur,sequeretur,quòd inferior
superioris legem tollere poterit,contra c.cùm inferi-
or,de maior.& obed. & vt habetur, in l.omnes popu-
li.ff.de iust.& iur.& si populo hoc nō permittatur ex-
pressè efficere posse,ergo & minus tacitè,l.qui ad cer-
tum.ff.loc. & verisimile est, quòd si superior de dicta
consuetudine notitiam, & scientiam habuisset, illam
quoque tanquàm corruptelam extirpasset. Bart.in l.1.
nu.6.& seq.ff.de legi.Alex.cons.173.num.12.lib.6.Soci.
cons.7.nu.8.lib.1.& cons.209.num.3.vers.& si dicatur,
lib.2.Dec.cons.538.nu.11.in fi. & seq.Parisius cons.146.
num.3.lib.4.Gramm.cons.142.num.4.in ciuil. Crauet.
consil.134.num.25. & in tract.de antiq.temp.in 4.part.
num.153.& seq.

Et

Et præſertim in iſtis vltimis volũtatibus, in quibus de tota hominum facultate tractatur, meritò ſi ſciẽtia, & ſuperioris patientia, requiratur: nam difficile proculdubiò Princeps dictam conſuetudinem approbaret, ſi ſciret, cum dicta conſuetudine notarium poſſe totam teſtatoris voluntatem ſubuertere, & falſum teſtamentum fabricare, meritò ſi ſuperioris ſcientia & patientia requiratur. Corn.conſ.293.nu.4.lib.1. vel ſaltem in abſentia ſuperioris requiritur ſcientia, & patientia, illorum officialium gubernationi illorum locorum præſidentium. Soci.conſ.202.nu.3.verſ.reſpondeo, lib.2. quòd non id vltimum affirmare audeo, niſi officiales liberam, ſpecialemq; auctoritatem condẽdi legem à ſuperiore haberent: nam tunc dictorum officialiũ ſcientia & patientia ſufficit, aliàs ſi non in mandatis hanc haberent auctoritatem ſpecialiſſimam, quæ non præſumitur, niſi probetur, quoniam in generali conceſſione nõ veniunt ea, quę ipſi Principi reſeruata ſunt. Deci.in l.Imperium, nu.55.ff.de iuriſd.omn.iudi. meritò ſi tunc ſcientia, & patientia officialium nõ ſufficiat, abſque ſpecialiſſimo mandato condendi legem carentium, cùm inferior non poſſit iuribus ſui Principis derogare, d.c.cùm inferior. ergo nec conſuetudinem iuri communi contrariam inducere.

Et quamuis Corn.conſi.155.num.4.lib.4.dicat, quòd ſi conſuetudo contra ius ſit, ex longi temporis lapſu conſenſus Principis ſicuti populi, vel maioris partis, præſumitur, vt ibi per Corneum.

Sed ego cenſeo quòd Corn.malè loquatur, cùm velit de conſenſu populi, ad Principis conſenſum, ob lapſum decennij arguere, diuerſeq; ſubſiſtunt rationes: nam elapſo decennio, tacitus populi conſenſus præſumitur, & illi actus, per quos conſuetudo fuit introducta, per populũ pertractati fuêre, meritò ſi elapſo decennio omnes de populo ad huiuſmodi conſuetudinẽ inducendam conſenſiſſe præſumuntur, quod equidem non ſic eſt in Principe, qui nunquàm dictos actus fecit, cum quibus conſuetudo fuit inducta: ergo non eſt præſu-

præsumendum Principem de dicta cõsuetudine scientiam habuisse: ergo de casu populi ad Principem (diuersa ratione subsistente) non fit illatio, l. Papinianus exuli. ff. de min. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acq. poss. ergo ex his patet Corn. malè loquutum fuisse, de populo ad Principem arguendo.

Nec prædictæ conclusioni obstat cons. Curt. Iun. in d. cons. 162. nu. 3. vbi dicit consuetudinem valere, Principe etiam ignorante.

Nam respondeo, quòd Curt. Iun. in d. consil. 162. loquitur in casu testamenti inter liberos conditi, æqualitate inter eos existente, vt colligitur ibi in d. consil. suo 162. nu. 4. quod testamētum satis priuilegiatum & fauorabile est, & coram duobus tantùm testibus confectum valet. Ias. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto, num. 6. & ibi Scribentes communiter. C. de testam. Dominus meus Soc. Iun. consi. 144. num. 32. & pluribus seq. lib. 2.

Toleraturq; dicta consuetudo eo in casu, quoniam ipsi quoq; filij omninò æqualiter successuri erant ab intestato: & sic ergo in dicto casu cessat omnis penitùs mala sinistra falsitatis suspicio considerata, propter quam motus fui, ad concludendum consuetudinem nõ valere, & ideo cessante causa effectus quoque cessat, l. adigere. §. quamuis, de iure patr. c. cum cessante, de appel. in 6. quod equidem non sic est in alijs testamentis hæredibus extraneis vniuersalibus institutis, vel & quoque filijs, sed non hæredibus æqualiter institutis, nam tunc ob notabilem inæqualitatem priuilegium testamenti inter liberos conditi cessat. D. meus Soci. Iun. consi. 127. sub. num. 18. & seq. lib. 1. & consi. 147. nu. 33. & pluribus seq. lib. 2. Crau. cons. 152. nu. 2. & vt aliàs plenè dixi in tract. pet. hæred. ad quem locum me reijcio. ergo arguere de casu magis fauorabili, ad minus fauorabilé, non est licitum. Ias. in l. qui quartam, num. 8. ff. de lega. 1. arguereque de casu speciali ad alium non valet, l. ius singulare. ff. de legi. Praris. consil. 2. nume. 68. lib. 4. D. Riminal. Iunior in §. item vobis, nume. 81.

Insti.

Insti.per quas pers.ius nob.acquir. ergo de casu Curt. Iun.ad casum nostrum, ob diuersitatis rationem, non benè fit illatio, d.l.Papinianus exuli.

Vel & dici potest, quod Curt.Iun.loquitur in casu in quo populus auctoritatem iuri communi derogandi sine Principis auctoritate habebat, aliàs Curt.Iun. in d.consil.162. malè loqueretur, vt tradit Crauet.in tract.de antiquit.temp.in 4.parte, num.134.vers.secundò respondeo.

Vel & si alijs in casibus Curt.Iun.in d.cons.allegato loquutus fuisset, malè & perperàm (meo quidem iudicio) cùm inferior non superioris legem tollere possit, d.c.cùm inferior, quod profectò erit, si subditi, qui non auctoritatem legis condendæ, iuri communi derogare possent, & materia propter dictam consuetudinem fabricandi falsum testamentum daretur. his igitur rationibus, omninò dicta consuetudo tãquàm iniqua, & contra ius commune, non valet, secundùm receptissimam Doct. conclusionem præallegatam, vt suprà dixi, à qua nefas erit, in consulendo, & iudicando recedere: nam per imperitiam ille censetur iudicare, qui singulari opinioni, relicta communi sententia, viuis rationibus, fulcita, inhæret. Zas.in l.iusiurandi, nu. 15.& seq.ff.de iureiur. Alex.consi.95.num.6.lib.2.Dec. consi.482.num.16. Gramm.consi.32.num.14.in ciuil.& præsertim cùm hæc sit æquior & benignior, quia materiam perpetrandi falsitatem euitat, ergo est amplectenda. Paris.consi.32.num.4.lib.2. Gramm.consi.4.nu. 9.& seq.in ciuil.

Et quamuis Corn.consil.188.nume.10.libr.4.velit, quòd consuetudo, quæ interpretationem tribuit, consuetum nuncupatur, l.quòd si nolit.§.qui assidua.ff.de ędil.edict.quod consuetum non superioris scientiam, & patientiam requirit, & in hoc consuetum à consuetudine differt, licèt omnes consuetudines appellãtur, vt ibi per Corn.si igitur ita sit, potest dici, quod id consuetum, quod consuetudo nominatur, ipsius testaméti interlineati & apostillati interpretatiuũ sit, an interlineatio

lineatio & apostillatio, tempore conditi testamenti, iussu, & voluntate testatoris, fuerit facta, & scripta: ergo consuetudo sine superioris scientia & patientia inducitur.

Sed ego huic obiectioni plures possum afferre responsiones, de hac autē tantùm vnica, & reali, ero contentus, & dico, quòd condere legem, meri est Imperij, Principiq; soli conuenit, ergo & illius interpretatio, text. est perspicuus in l. fi. C. de legi. Dec. in l. imperiū. nu. 40. ff. de iurisd. omnium iudi. si ergo eius interpretatio soli Principi cōpetit, sequitur necessariò, quòd subditi sine superioris licentia legem condere, vel illam interpretari non possunt, ergo cons. Corn. præallegatum nihil nostræ conclusioni obstat.

Sed quicquid sit, conclusio mea quoque est, quòd hæc consuetudo iniqua, & iniusta, per quam materia falsum fabricandi testamentum daretur, non cū Principis auctoritate valeat, secundùm receptissimā Doct. opinionem præallegatam, vt suprà tetigi: benè autem fateor, quòd si à Principe tolerata esset, non per iudicem inferiorem auferri poterit, neque pro nulla declarari, cùm inferior non superioris legē tollere possit, d. c. cùm inferior. immò, si est dura, per inferiorem semper est seruāda. l. prospexit. ff. qui & à quib. Crau. cons. 137. nu. 8. & seq.

Et ego quoque fateor, quòd dicta consuetudo praua, iniqua, & temeraria, notarium à falsi pœna excusat. Ias. in l. de quibus. num. 9. & seq. ff. de legi. Francis. de Aret. consi. 153. num. 2. Soc. cons. 209. colum. 3. in fine. lib. 2. Dec. cons. 9. num. 5. & cons. 430. nu. 6. & consi. 473. num. 8. Paris. cons. 29. num. 18. lib. 4. Gramma. consi. 60. num. 2. in ciuil. Plot. in l. si quando. nume. 324. C. vnde vi. sed non propter illam operatur, quòd dicto testamento interlineato, & apostillato, in partibus substantialibus, credatur, cuius virtute hęres in possessionem immitti possit, nisi fides interlineationis, & apostillationis in fine instrumēti, & in eius corpore scribatur, vt aliàs suprà dixi.

189 Si autem testamentum non in aliqua substantiali parte abolitum, neque cancellatum sit, non existente contradictore, hæres in possessionem omnium bonorum penes testatorem tempore eius mortis repertorum immittitur, iuxta d.l.fi. & id remedium nō solùm quoque hæredi nominato in testamento in scriptis celebrato competit, verùm etiam in testamento nuncupatiuo à notario in scriptis redacto, vel & quoque in testamento nuncupatiuo corā testibus confecto, dummodò prius testes examinantur, & publicantur, & testatoris voluntatem ita fuisse probant, si deinde à notario de iudicis commissione, & pronuncia, illud testamentum in scriptis redigatur, & ita redactum, & in publicam formam à notario releuatum, & hæres coram iudice competenti illud producat, eius virtute in possessionem vt suprà immittitur, iuxta l.fi.C.de edicto.D.Hadria.toll. glo.est in d.l.fin.in verbo, Depositionibus, quæ ibi communiter est recepta, vt dicunt ibi Bart.num.17.Bal.num.40.Ang. & Salic.nu.13. Alex. nu.21. Dec.nu.23.vers.sed huic argumento, & num.39. & Zuch.nu.297.ver.fallit primò.Spec.in tit.de testa.§. fi.nu.29.Are.in §.quadrupli.nu.28.Inst.de act.Feli.in c. sicut.nu.4.de re iud.Corn.cons.172.nu.6.& 8.lib.2.

Et id rei conuenit, nam testamentum est voluntatis nostrę & iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.l.1.ff.de testam.& cùm interuenit scriptura ad euidentiorem rei probationem interuenire censetur, l.contrahitur.C.de proba. & ibi scribentes, D.meus Soc.Iun.cons.144.num.27.lib.2, Rip.in l.moribus.nu.13.ff.de vulg. & pup.substit.Rim.Iun.in §.1.nu. 18.& seq.Inst.de donat.si ita est, testamentum dicitur, si per testes probatur, & sicuti quādo testamentū in scriptis redactum sit, hæres regulariter in bonorum possessionem defuncti apud eum tempore eius mortis repertorum immittitur, iuxta d.l.fi.& ibi scribentes, ergo ex rationis identitate debet esse, quando testamentum per testes nūcupatiuum probatur, nam vbi est eadem ratio, idem ius debet esse, l.quædā.§.numulatios.

ff.de

ff.de ed.l.à Titio. ff.de verb.oblig.Rip.post scribentes in l.si constante.nu.64.ff.sol.matr.nam tunc in materia comprehensiua, non autem extensiua versamur, vt ibi per Rip.vt suprà, idem affirmat Paris.cons.16.nu.23.& seq.lib.3.& cons.83.num.16.21.& 25. & seq. eod.lib.D. meus Soc.Iun.cons.8.nu.10.lib.2. meritò si eãdem vim obtineat, prout facit testamentum in scriptis redactũ, dummodò illud à notario in scriptis ex iudicis auctoritate redigatur, & producatur, antequàm hæres petat se in possessionem immitti, & hæc est mera veritas, & totus mundus ita practicat, vt tradit Sal.in d.l.fi.nu.13. & ibi Doct.communiter.

Et hac ratione videmus, quòd vigente statuto, dicenteque, quòd instrumentum guarentigiatum executionem habeat paratam, si contractus absente notario coram testibus factus, ille contractus poterit in publicam formam redigi, faciendo testes examinare, & publicare iuxta formam l.publicati.C.de testam. dein de eo à notario ita in scriptis iudicis auctoritate redacto, executio illius peti poterit, vigore dicti statuti, quod est verum, in casibus, in quibus testes ad perpetuam rei memoriam, lite non contestata, examinari, & publicari possunt, aliàs secùs erit. Felin. in c.sicut. nu. 4.de re iud. Alex.in d.l.fi.nu.21.& ibi etiam Dec.nu.39. & Zuchar.nu.299.si ita est, testes ad perpetuam rei memoriam ad probationem testamenti nuncupatiui examinari, & publicari possunt.citatis autem illis quorũ interest, & factis deinde his probationibus, illisque publicatis, notarius de commissione iudicis & illius auctoritate, illud testamentum in scriptis redigere potest.Spec.in titu.de instr.edit.§.ostenso. nu.25. & seq. l.publicati.& ibi Alex.nu.7.& etiam Ias.post scribentes.num.4.C.de testa. Duran.in tract. de art.testa.tit.2. Caut.7.num.1.Corn.cons.172.num.8.lib.2. & cons.157. num.12.in fi.libr.4. D.meus Soc.Iun.cons.144.num.27. & seq.libr.2. meritò si dictum testamentum nuncupatiuum ita in scriptis à notario redactum paratam habeat executionem, cuius virtute, hæres in pos-

ſeſſionem immittitur, iuxta d.l.fin.

Nec prædictæ concluſioni obſtat, illud quod dicit Curti. iun. in d.l.fi.num.66. vbi vult, quòd ſi d.l.fi. non procedat, ſi teſtamentum ſit vitiatum. nam illud nõ teſtibus adiuuatur, iuxta doctrinam Bart. in d.l.fi. nu.15. in fi. multò ergo minus, ſi ſolis teſtibus iuuatur, quoniam illa eſt fortior probatio, vt ibi per eum.

Sed ego huic obiectioni reſpondeo, & dico, quòd interlineatio teſtamẽti & apoſtillatio, quæ reperitur in teſtamento ſine fide notarij in fine teſtamenti, & in eius corpore per teſtes probari poteſt, illã iuſſu & teſtatoris voluntate fuiſſe factã & ſcriptam. Crau. conſ. 216. nu.7. aliàs ſi alio modo intelligeretur, ſequeretur id abſurdum, & inconueniens, quòd notarij ſimplicitas hæredi vniuerſali noceret, ſi hæres in poſſeſſionẽ in hoc iudicio ſummario non mitteretur, ob dictam interlineationẽ & apoſtillationem, quæ ex notarij defectu cum ſuis neceſſarijs de iure requiſitis nõ accommodata, & ſcripta fuit, cùm maximum ſit hæredis commodum, poſſeſſionem bonorum teſtatoris habere, & cõſequi. §. commodum. Inſt. de interd. ergo ne notarij ſimplicitas hęredi noceat, quę minimè nocere poteſt, glo. eſt in l. fin. in verbo Simplicitas. C. de fidei inſt. quæ communiter eſt recepta, vt per Soci. iun. conſ. 71. nu.2. libr.3. neceſſariò vtique cogimur fateri, teſtamentum per teſtes adminiculari poſſe.

Et ſicuti teſtamentum totum nuncupatiuum coram teſtibus ſine notario confectum, per teſtes probari poteſt, eoque probato, in ſcriptisque à notario iudicis auctoritate redacto, coramq́; deinde iudice competenti producto, illius virtute hæres in hoc iudicio ſummario in poſſeſſionem immittitur, vt præſupponunt omnes Doctores communiter præallegati vt ſuprà: cur ergo denegare velimus, quòd teſtamenti pars per teſtes non adminiculari poſſit, ſi totum teſtamentum per teſtes adiuuatur? quapropter neceſſariò cogimur dicere, teſtamentum illa in parte vitiata per teſtes adminiculari poſſe.

Et

Et præſertim, ſi illa adminiculatio fiat, antequàm illud teſtamẽtum in iudicio producatur: nam hærede atteſtationum teſtium adminiculationem in ſcriptis examinatorum producente, ſimul cum eodẽ teſtamento, teſtamentum proculdubiò oculatam probationem ex eius inſpectione apparentem haberet, iuxta terminum d.l.fi. immò & concludentem, ergo hæres in poſſeſſionem virtute dicti teſtamenti immittitur, vt aliàs ſuprà concludendo dixi.

Prætereà adduco aliud bonum ſimile, nam ſicut hæres hæredis, qui non in teſtamento ſit nominatus, vel ſubſtitutus, qui quoque in eo nõ ſit ſpecificatus, ſe hæredem primi hęredis probare poterit, vel ſubſtitutum eſſe, & ita in hoc teſtamẽtum per teſtes adminiculatur, Bar. in d.l.fi.nu.10. & ſeq. qui communiter eſt receptus, vt ibi per Iaſ.nu.7. verſ. ſed licet. & ibi etiam Dec.num.23.ver.moderni. & Zuchard.nu.192. & vt infrà dicam, & circa huius liquidationis probationem ſummariè proceditur. Zuchard. in d.l.fi.nu.173. ſed ſic eſt, cur ergo ex rationis identitate denegare velimus teſtamentum in illa interlineationis, apoſtillationisq; parte, nõ per teſtes adminiculari poſſe, quod argumentum ex rationis identitate, eſt validum. l. à Titio. ff. de verb.oblig.l.fi.C.ad leg.Falci. & c.conſtitutionum. de reg.iur. in 6. cum vulgaribus. & tantò fortius ne notarij ſimplicitas hæredi nocere habeat, quòd minimè facere poteſt, vt dixi: ergo ex his concludo teſtamentum per teſtes adminiculari poſſe, ergo & id nuncupatiuũ coram teſtibus confectum, & in ſcriptis à notario teſtibus prius examinatis de iuſſu iudicis redactum probat, ſecundùm crebriorem Doct. concluſionem: ſic ergo obiectio Cur. Iun. in contrarium allegata, ex his penitùs remanet euacuata.

† Et nonnulli cenſuêre, quòd productio teſtamenti non tantùm ſufficiat, ad mittendum hæredem in poſſeſſionem, niſi hæres probat teſtatorem ſaltem per famam, vel per iuramentum, vel aliqualiter fuiſſe defunctum, cùm per exhibitionem teſtamenti tantùm, 170

non testatoris mors probatur, nam varijs ex causis contingere potest, testamentum penes hæredem extitisse. Alex. in d. l. fi. nu. 9. & ibi etiam Dec. nu. 28. in fin. Pract. Pap. in for. libel. quo pet. hær. ex test. in glo. in verbo, Possidebat, nu. 1. & seq. & qui allegat testatorem fuisse mortuum, eius mortem probare debet. Decis. Pedem. 108. num. 5.

Alij autem sentientes in contrarium existmauêre, quòd testamenti productio sufficiat, absque eo, quòd probatur, testatorem vitam cum morte mutasse: nam hæredis iuramentum in hoc iudicio summario, executiuoque, non est necessarium. Bar. in d. l. fin. num. 11. & ibi etiam Ias. num. 13. & seq. & Cur. Iun. ibi num. 54. dicit opinionem Barto. esse communem, cum qua ipse transit, & illam quoque sequitur Aret. in §. quadrupli. num. 30. in fin. & in §. actionum. num. 105. Insti. de act. Alexan. cons. 101. num. 9. lib. 5. Ruin. cons. 28. num. 2. circa medium. libr. 5. Durant. in tracta. de art. testa. tit. 11. caut. 20. nu. 5.

Zuchard. autem in d. l. fina. num. 199. & seq. arguit pro & contra, tamen ibi num. 203. in illa opinione residere videtur, quòd quãdo notarius à iudice cũ causę cognitione testamẽtum hæredi exhibere coactus fuisset, & illud in publicam formam releuare, eidemque tradere, si eo in casu hæres produceret testamentum, non testatoris mortem probare tenetur, cùm per testamenti tantùm exhibitionem, illius mors probatur text. est perspicuus in l. 2. §. si dubitetur. ff. quemad. testam. aper. & hoc in casu vult, vt loquatur Bart. in d. l. fina. nu. 11. & sui sequaces, sed vltra casum prædictum sentit ibi Zuchar. nume. 204. quòd mors testatoris vltra testamenti exhibitionem in hoc iudicio executiuo per hæredis iuramentum probatur. & allegat Dec. in d. l. fi. nu. 28.

Ego autem in tanta Doctorum varietate sic reor, (pro mera huius articuli veritate) distinguẽdum esse, & dico, quòd aut sumus in iudicio possessorio momentaneo, non existente possessore, vel existente, & non legiti-

legitimo contradictore, vel existente contradictore legitimo, si non vtique possessor extaret, tunc procul dubio hæres per testamenti tantùm exhibitionem nõ aboliti, neque in aliqua illius parte substantiali vituperati, in possessionem immittitur, absque eo, quòd testatoris mors alio modo probatur, cùm testamẽtum quoad hanc immissionem ex sola illius inspectione executionem mereatur, non aliam probationem requirens, nisi testamenti exhibitionem non vituperati, neque cancellati, non possessore existente, iuxta l. fi. C. de edicto diui Hadrian. tollen. & ibi Bald. numer. 13. vers. nota. ita annuit Ripa in rub. ff. quo. bono. nu. 2. vers. quarta differentia. nam vbi non est contradictor, iudex facilis debet esse ad immittendum hæredem in possessionem. Bald. in d. l. fi. num. 13. versic. quintò nota. Cagnol. in l. in pari, num. 4. prope finem ff. de regul. iur. cùm dictam immissionem iudex absque tertij prẹiudicio facere debet. Zuchard. in d. l. fi. nu. 267. versi. & idem est, ergo in dicto casu tractatur de nullius præiudicio, & de momentanea possessione, quæ in nulla habetur consideratione. Dec. in l. fi. num. 34. C. de pact. Gram. cons. 2. nu. 3. & seq. in ciuil. & vt aliàs dixi, meritò si hoc in casu, non probatio mortis testatoris sit necessaria, nisi illa, quæ per testamentum fit, & ideo Dec. cons. 218. nu. 1. dicit, quòd hæres producens testamentum non abolitum, neque cãcellatum, suam habet intentionem fundatam, cuius virtute in possessionem immittitur, ergo sentit ibi Deci. quòd testamenti tantùm exhibitio sufficit, absq; eo, quod testatoris mors probatur, ita & quoq; magis expressè affirmãt idẽ Dec. cons. 84. nu. 1. & cons. 475. nu. 4. Curt. iun. cons. 92. nu. 1. Rip. in rub. ff. quo. bono. nu. 2. ver. quarta differentia. & in his terminis loquuntur Ias. & sui sequaces in l. fin. nu. 13. & seq. C. de edicto D. Hadr. toll.

Nec obstat, quod Corn. cons. 10. num. 4. versic. his tamen. libr. 1. dicat, quòd cùm de alterius successione agatur, mors sit plenè probanda, præsertimque si defunctus in ciuitate, patriaque sua mortuus sit, hancq;

 opinio-

opinionem sequitur Dom. meus Socin. Iun. consil. 26. num. 10. lib. 2.

Ego autem huic obiectioni dupliciter respondeo, & dico, quòd Corn. & Soc. Iun. ibi loquuntur, quando de successione ab intestato tractatur: nam tunc hæres in possessionem non immittitur. iuxta l. fi. C. de edicto D. Adr. toll. quæ l. hæredi ab intestato succedenti non competit. Scribentes communiter in d. l. fi. & vt suprà in principio huius tract. dixi. sed quando hæres testamentarius est, tunc ob testamenti notorietaté, illiusq; fauore, & priuilegio hæres summariè & executiuè in possessionem immittitur, ergo de casu Corn. Sociniq; Iun. tamquàm ex diuerso non fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minorib.

Vel & secundò respondeo, & dico, quòd argumentum Corn. & Socin. Iun. vendicet sibi locum, cùm per viam petitorij de alicuius hæreditate tractatur: nam tunc ordinariè proceditur, & de graui præiudicio tractatur, meritò si plena mortis probatio requiratur. Aretin. in §. actionum. num. 105. Instit. de act. Lanfranc. in c. quoniam contra. in verbo. Testium depos. nu. 185. & sequ. de prob. Alexan. consil. 25. num. 4. & seq. lib. 4. Boer. decis. 288. Crau. in tract. de antiq. temp. in 1. part. num. 264.

Et licèt plerique censuêre, quòd immò etiam quando per viam possessorij ordinariè plenarieque agitur, tunc mors sit plenè probanda. Cagnol. in l. in pari, nume. 8. ff. de regu. iur. tamen ego puto, semiplenam probationem sufficere, & præsertim in isto iudicio possessorio, in quo non de toto præiudicio ipsius possessionis tractatur, quamuis communis Doctorum opin. sit in contrarium, vt dicam in tract. quor. bon. ad quem locum me reijcio. sed quicquid sit, satis mihi est, quòd hîc non de possessione ordinariè discutitur, sed executiuè, & summariè hæres in possessionem immittitur, contradictore possessoreque aliquo non existente, ergo penitùs sumus extra difficultates Corn. & Domini mei Soc. Iun.

Nec

Nec quicquam releuat dicere, quòd constare debet, bona per testatorem suæ mortis tempore detenta fuisse, iuxta d.l.fin. sed sic est, ergo per testamenti tantum exhibitionem hæres in possessionem non immittitur, ergo mors quoq; vltra testamenti exhibitionem probanda est.

Nam huic obiectioni dupliciter respondeo, & dico, quòd hæres ab onere probandi releuatur, nam hæres procurando nuntio præcipiat, vt ipsum hæredé in bonorum possessionem detentatorum tempore mortis testatoris immittat, deinde nuntius referat, se hæredem immisisse in possessionem talium bonorum per testatorem tempore eius mortis detentatorum, designando bona per latera confiniaque, & tunc hæredi nõ erit necesse aliter liquidare, quòd illa bona per testatorem tempore eius mortis possessa, vel detenta fuerint, quia nuntio referenti eo modo, vt suprà, creditur. l.1.§.cura. de offic. præfect. præt. l.2. & ibi Salic. C. ne vxor pro marit. & qui contrarium voluerit dicere, probare tenetur, Dec. in l.fin.nu.17. & ibi etiam Zuch. nu.122.C.de edicto D.Hadr.toll.

Et hæc opinio sibi locum propriè vendicat, secundùm hanc primam distinctionem nostram, cùm nõ extat aliquis possessor & contradictor, qui ante dictá immissionem in iudicio coram iudice comparuerit, & dixerit, se in possessione talium bonorum esse, & in eis meliora potioraque iura habere, quare instetit, quòd alius in dictam possessionem eo non citato non immittatur, aliàs si secùs factum fuerit, de nullitate inualiditateq; dictæ immissionis protestatur, & tunc eo in casu dicta possessionis immissio per nuntium emanata erit nulla, neque ipse ad probandum contrarium, de eo, quòd nuntius ad hæredis fauorem retulit, arctabitur. Zuchar. in l.fin. num.123. C. de edicto D. Hadri. tollen. ergo sentit expressè Zuchar. ibi. quòd non existente possessore, & contradictore, qui non protestatus prius fuit, absque dubio hæres in possessionem bonorum, per testatorem tempore eius mortis deten-

 tatorum,

tatorum, per nuntium, vt suprà, immittitur, non testatoris morte probata, cum nuntio hoc in casu credatur, vt ibi per Zuchard.

Vel & secundò dico, quo ad hanc immissionem, hæres probare non tenetur, bona tempore eius mortis per testatorem fuisse detenta, sed sufficit probare, testatorem tempore eius vitę dicta bona possedisse; nã tunc vsque ad eius mortem cõtinuasse præsumitur, nisi contrarium probetur. Zuchard. in l. fin. num. 202. & seq. C. de edicto D. Hadr. tol. Gram. consi. 135. num. 5. & seq. in ciuil. Ioan. de Amic. consi. 64. num. 3. si hęres continuationem possessionis allegaret. Dec. in l. 2. num. 67. C. de eden. Alexand. consi. 238. num. 11. lib. 6. Alciat. in tract. præsum. pt. regula 2. præsumpt. 20. num. 2. & 5. & hęc est crebrior Dd. opinio, vt per D. meum Soc. iun. consi. 146 num. 8. lib. 1.

Quam conclusionem existimo esse veram, si alius in possessione non reperiatur, vel non aliquis existat contradictor; nam possessore & contradictore nõ existente, hæres probando, quòd defunctus semel possedit, suam habet fundatam intentionem. Alcia. in d. tractat. regulâ secunda, præsumpt. 21. num. 5. in fin. & prout in simili dicitur in substituto in pupillari ętate, qui non tenetur probare institutũ in pupillari ætate mortuum fuisse. Dec. in c. in præsentia. num. 50. versi. prædictis, de probat. Alciat. in d. tract. regula 2. præsumpt. 14. num. 7. sed ego id vltimum, quod de substituto dicitur, non ita indistinctè affirmare audeo, nisi esset possessor & reus, nam tunc eo possidente fauendum erit. §. commodum. institut. de interdict. decis. Pedemontani 108. numero 18. & ibi quoque Purpurat. in sequenti consilio post dictam decisionem inserto, numero 4. aliàs secùs erit, si actor, vel non possessor erit. Ripa in l. ex facto, §. si quis autem, numero vndecimo. ff. ad Trebellianum. ità ergo & in proposito nostro dico, quòd cum alius non possideat, neque contradictor existat, & probatur testatorem (dum vixit) semel possedisse, meritò si possessio in ipsum testatorem vsque ad

eius

eius mortem continuata præsumitur; ergo probatio mortis testatoris in isto casu non erit necessaria fieri, sed tunc per testamenti exhibitionem probatur.

Si autem alius † esset possessor, qui negaret ea, quæ de hæredis intentione sunt, (quod quidem facere potest.) & tunc dico, quòd hæres qualitates d.l.fin.requisitas probare tenetur, videlicet testatorem tempore eius mortis talia & talia bona possedisse, vel detinuisse Decius in l.fin.num.40. veri. secundò limitatur, & ibi etiam Zuchar.nu.325.& 336.C.de edict.D.Had.toll. ergo hoc in casu mors vltra testamenti exhibitionem est probanda, quia non sufficit probare, defunctum tẽpore eius vitæ talia & talia bona possedisse, ad hoc vt quoque tempore eius mortis possedisse censeatur, cũ alius in possessione de præsenti sit, meritò si possessio in defunctum non continuata præsumitur. Rub. in l. naturaliter.§.nihil commune,nu.31. ver.sed replicari. ff.de acq.poss. 171

Neque hæredi vniuersali sufficit continuationem possessionis allegare, cui non creditur asserenti, testatorem tempore eius vitæ possedisse, & in possessione vsque ad eius mortem continuasse, si alius in possessione de præsenti inueniatur. Alciat.in tract.præsump.regul.2.præsumpt.21.num.5.

Accedente quoque ratione, quia qui semel possedit hodie præsumitur possidere, quando ipsemet huiusmodi continuationem ad suũ tantum commodum allegat: secùs verò erit, si vnus alius hanc possessionis continuationem allegaret ad fauorem alterius. Socin. consi.13.num.15.versi.confirmatur.lib.4. Alcia.in tract. præsumpt.regula 2.præsumpt.21.num.9.sed sic est, testator non est ille, qui ad suum commodum possessionis continuationem allegat, hæres autem eius tantum est, ergo non continuatio præsumitur, ergo hoc in casu mors necessariò (vltra testamẽti exhibitionem) est probanda.

Ego benè autem arbitror, hoc in casu sufficere, testa-

testatoris mortem per hæredis iuramentum, vel per famam, vel aliqualiter probari, nam non hic ordinariè de possessionis præiudicio plenarieque tractatur, sed de momentanea possessione in nulla consideratione habita, vt aliàs tetigi, & immissio possessionis summariè & executiuè sineque tertij præiudicio fit, meritò si non tam exquisita requiratur probatio. Cagno. in l. in pari. secundùm crebriorem Doct. opinionem. vt per decis. Pedemontani 99. num. 37. & in his terminis vendicet sibi locum opinio Alexan. & suorum sequacium in d. l. fin. & iudex ex officio suo qualitates inquirere requisitas habebit à d. l. fin. Zuchard. in d. l. fin. nume. 336.

Et in his terminis quo ad hanc probationem benè faceret text. in l. 2. §. si dubitetur. ff. quemad. testam. aper. inductus à Zuchardo in d. l. fin. num. 203. nam si notarius à iudice cum causæ cognitione coactus erit testamentum releuare, & illud hæredi dare, & processus cohertionis in præsenti iudicio simul cum testamento in publicam formam releuato producatur, tunc testatoris mors præsumptiuè probatur, & licèt acta inter alios acta non alijs præiudicent, vt habetur in toto tit. C. res inter alios acta, & testibus in alio iudicio inter alias personas examinatis non credatur: tamẽ cum sint mortui eisdem pręsumptiuè creditur. Rip. in l. admonendi. num. 203. ff. de iureiuran. & in l. 2. num. 36. C. de eden. si mors testium probatur: secùs verò erit, si testes viuerent, nam tunc non probarent, & hæredi imputatur cur testes adhuc viuentes non reexaminauerit. l. fin. C. de testib. Bart. in l. admonendi. num. 45. ff. de iureiur. & ibi etiam Ias. in 1. lect. num. 98. & in 2. lect. num. 242. & ibi quoque Ripa num. 202. Soc. in tract. fallent. regula 229. in vlt. fallent. Ias. in l. 2. num. 20. & seq. C. de ed. Mars. sing. 435. sed quo ad casum nostrum sufficit, quòd testatoris mors pręsumptiuè probatur, quod erit, si processus cohertionis producatur, vt dixi, ex quo executiuè proceditur, & de momentanea possessione in nulla consideratione habita tractatur, meritò si in

ſi in hoc caſu ſufficiat productio teſtamenti, ſimul cum dicto proceſſu, & abſq; alio modo teſtatoris mors probetur, & in his terminis benè loquitur Zuchard. in d.l.fin. num. 203. vbi inducit text. d. §. ſi dubitetur, vt dixi.

Si verò legitimus contradictor, qui poſſeſſor eſſet, & ſimilem titulum allegaret, cuius virtute ordinariè & plenariè de iuribus vtriuſque, cum cauſæ cognitione, in poſſeſſorio diſcutitur, & tunc dico, quòd per ſolam teſtamenti exhibitionem non teſtatoris mors probatur, ſed requiritur, quod teſtatoris mors exquiſitè probetur. Bal. in l. fin. nu. 13. verſ. ſeptimò nota, C. de edict. D. Hadr. tol. ratioq; in promptu eſt, quia diſcuſſa hincinde cauſa, poſſeſsio habenti potiora iura datur. Bald. in d.l. fin. nu. 12. Cagnol. in l. in pari, nu. 14. in fin. & ſeq. ff. de reg. iur. meritò ſi eo in caſu probatio mortis teſtatoris exquiſita requiratur.

Et exquiſitè dicitur probari, ſi ſaltem ſemiplenè probatur, quæ ſemiplena probatio ſufficit, etiam ſi ordinariè agatur, per rationes & auctoritates per me allegandas in tract. quor. bon. ad quem locum me reijcio ne idem repetam.

Verùm quicquid ſit, ſatis mihi eſt, quòd ſi ordinariè agatur, & cum cauſæ cognitione, exiſtẽte legitimo contradictore neceſſaria ſit probatio mortis teſtatoris, quæ fieri debet vltra teſtamenti exhibitionem, & plenè, ſi tenueris opinionem Cagnol. in d. l. in pari, nume. 4. in fin. & ſeq. vel ſemiplenè, ſi meam ſequeris opinionem de iure veriorem, vt dicam in ſubſequenti tractatu.

Quæ ſint probanda per hæredem?

Et tria in † hoc iudicio adipiſcendæ agendo ordinariè ab hærede ſunt probanda, & primò, quòd teſtamentum ſit ſolenne, & non in aliqua ſua ſubſtantiali parte vituperatum, quæ probatio per oculatam teſtamenti inſpectionem apparentem ſit. d. l. fin. Secundò, quòd res in quibus petitur fieri immiſſio, in bonis te- 172

ſtatoris

ſtatoris tempore eius mortis fuerint, & ſic in determinato tempore, aliàs ſuccumberet. Cas[illegible]. conſ. 454. num. 1. lib. 1. in nouis. quod cenſeo eſſe verum, ſi poſſeſſor legitimusque contradictor extaret, nam tunc continuatio poſſeſsionis non præſumitur, probando [illegible] tempore eius vitæ poſſediſſe, exiſtente poſſeſſore de præſenti, & legitimo cõtradictore. & ideo neceſſe eſt, quòd hæres probat teſtatorem tempore eius mortis poſſediſſe vel detinuiſſe dicta bona. Alexan. conſ. [illegible] nume. 16. in fin. lib. 2. ſcribentes communiter in d. l. fin. poſt glo. ibi. in verbo, fuerunt, communiter receptam. Tertiò requiritur, quòd teſtatoris mors probatur, quæ non præſumitur, niſi probetur, & quòd prædicta tria ſint neceſſariò probanda, tradit Pract. Papien. in form. libel. quo pet. hæred. ex teſtam. in glo. in verbo, poſsidebat, num. 1.

173 Et quamuis non deficiunt, † qui credunt, quòd hæres quoque hæreditatis aditionem probare teneatur. Pariſ. conſi. 41. in princ. lib. 1. D. meus Socin. iun. conſi. 75. num. 10. lib. 1. & ſaltem apparentem. Bald. in l. fin. nume. 16. C. de edict. diui Hadr. tollend. tamen ego ab hac opinione valde diſſentio, quia hęres exhibendo teſtamentum & petendo ſe in bonorum poſſeſsionem teſtatoris prædefuncti immitti, cenſetur hæreditatem illius adire; cum hæreditatis aditio quoque animo fit. l. gerit. l. pro hærede. ff. de acquir. hæred. & ibi ſcribentes. quæ hæreditatis aditio ſufficit ita fieri. gloſſ. eſt in d. l. fin. in verbo, legitimo, verſi. item differt, & ibi Bartol. num. 19. & Zuchard. num. 168. & ſeq. Alex. in l. 2. nu. 4. & ibi etiam Iaſ. num. 13. C. de edict. diui Hadr. tollen. Aret. in §. quadrupli, num. 28. Inſtit. de act. Corn. conſi. 172. num. 5. & ſequ. lib. 2. niſi ſit minor, vel mulier, qui ſine certa ſolennitate adire non poteſt, & tunc reor, quòd ex illo actu, hæreditatis aditio non præſumatur, niſi probetur, ergo hoc in caſu vltra teſtamenti exhibitionem aditio eſt probanda. Zuchard. in d. l. fi. nu. 169. in fin.

Vel & quoque hæres aditionem hæreditatis probare

bare tenetur, quando quis ante dictam licentiam vel iussum de immittendo in possessionem comparet, & probat, titulum ab alio in vita defuncti acquisiuisse, & possessionem acquisitam à seipso vel ab alio habuisse: nam ad hoc, vt dicta possessio dicatur vitiosa, distinguitur, an occupata fuerit non adita hæreditate, & tūc non vitiosa erit, alias secùs est. ergo hoc in casu hæres hæreditatis aditionem probare tenetur. Zuchard. in l. fin. num. 348. in fin.

Et id quoque † arbitror esse dicendum, quando hæres hæredis petit se in bonorum possessionem immitti, cui hoc remedium d. l. fin. competit, vt infrà dicam: nam tunc vltra testamenti exhibitionem probare tenetur, primum hæredem primi testatoris hæreditatē adiuisse, & se hæredem primi hæredis esse; aliàs his requisitis non probatis, non in hanc immittitur possessionem: nam per testamenti tantum exhibitionem hæ qualitates d. l. fin. requisitæ non probantur, quæ omninò sunt probandæ, vt remedium d. l. fin. hæredi hæredis competat. Bart. in l. fin. num. 11. Bald. num. 58. Ias. num. 7. in fin. C. de edict. diui Hadr. toll. Aret. in §. quadrupli, num. 28. Inst. de act. Dec. cons. 588. num. 11. in fin. & similes personæ semper aliquid extrinsecùs vltra testamenti exhibitionem probare debent, prout est substitutus, fideicommissarius, fiscus, & similes. Aret. in d. §. quadrupli, num. 28. vers. sed tamen, Bart. in d. l. fi. num. 10. Ias. num. 7. in fin. & Zuchard. num. 174. & num. 185. D. meus Soc. iun. cons. 97. num. 45. lib. 2. & vt infrà suis locis plenè dicam. 174

Et ad liquidationem harum qualitatum summariè proceditur. Zuchard. in d. l. fin. num. 175. & sequen. prout quoque fit de omnibus emergentibus ante litem contestatam oppositis. Specul. in titul. de positio. in §. quinto, num. 2. Lanfranc. in c. quoniam contra. in verbo, testium depositiones. num. 51. de probatio. Angel. cons. 161. num. 2. Socin. in tract. fallent. regula 404. in 2. fallent.

Et iudicium † quantumcunq; summarium sit, per 175

perso-

personas litigantes legitimè fundari debet, Alex.post Bart.& Sal.in l.2. num.5. & ibi etiam Ias. num.4. C.de edict.D.Hadr.toll. & idem Alex.cons.59.num.2. lib.2. & ibi est addit. Ias.in rubr.C.qui admitti,nu.1. & seq. Bald.in l.fin.nu.43.vers.octauò, Dec.nu.47. & Zuchar. num.253.C.de edict.Diui Hadr.tol. Castr.consi.429.nume.2.lib.1.in nouis.Vant.in tract.de nullit. in titul.ex defectu inhabil.seu mand.compar.nu.3.Roland.consi. 46.num.2.& seq.lib.2.

Et requiritur quòd personæ legitimatio tempore actus,& non expost,fiat & superueniat. Vant.in loco proximè allegato,num.3.& ideò si immissio possessionis fulminanter concedatur, & fiat non auditis quoq; partium iuribus,sed eo die,quo fuit petita,fuit & quoque concessa & facta,& sic sine causæ cognitione, non valet.D.meus Socin.iun.cons.92.num.11. lib.1. & perinde habetur ac si non facta fuisset. Grammat. consil. 136. num. 2. in ciuil. at ego id vltimum censeo verum esse,si possessor & legitimus contradictor extaret,qui non sua priuatur possessione, nisi eo citato.c.licèt episcopus.de præb.in 6. secùs verò erit, si possessio esset vacans, quia tunc immissio fieri potest sine citatione, & conceditur.Bart.in d.l.fin.nu.16.& post omnes scribentes Zuchard.ibi num. 266.& vt infra plenius dicá, si non alius legitimus contradictor extat,qui sit citandus.l.de vnoquoque,& ibi scribentes. ff.de re iud. sed quicquid sit,in omni casu cócludo, quòd hæres primi hæredis,substitutus,fideicommissarius,fiscus,& similes personæ.per solam testamenti exhibitionem in bonorum possessionem testatoris prædefuncti non immittuntur, nisi prius & ante omnia eorú personas legitiment;vt suprà dixi.

De hærede conditionali,hærede hæredis, hærede in re certa, substituto,fideicommissario, & de prohibitione,alienatione,num.176.177.180.184.185.192.

126 Et quæro, an † remedium d.l.fin.hæredi conditionali

nali ante conditionis euentum competat, præsupposita illa conclusione pro vera, quod hęres sub conditione institui potest. Cagnol. in l. actus legitimi. num. 18. ff. de regul. iur. Vinc. de Herculanis inter consi. D. mei Soc. iun. cons. 87. num. 8. lib. 1. & plerique dixere, quòd sic: nam sicuti hæres conditionalis ante conditionis euentum possessionem agnoscere potest. l. si sub conditione. ff. de bon. poss. secundùm tabul. multò fortius id remedium eidem competere debet. Ias. in l. 1. vers. glo. propter hoc. C. de edict. D. Hadr. tol.

Fortificatur hæc conclusio, nam dictus hæres possessionem propria auctoritate & de facto capere potest. tex. est cum glo. in l. inter omnes, ff. qui satisd. cog. & ille ius suum tunc non perdit. Soci. in d. l. inter omnes, num. 12. & ibi etiam Ias. nu. 10. sed sic est, ergo multò magis sibi licitum est, auctoritate iudicis possessionem bonorum defuncti capere. ergo dictum remediũ ei competit.

Et tanto fortiùs, cum dictum remedium sit fauorabile, hæredique prouidet, vt ille in bonorum defuncti possessionem iuxta testatoris voluntatem immittatur, l. vel negare, ff. quemad. testamen. aper. si igitur fauorabile est, in fauorabilibus extensio fit, ergo ad hæredem conditionalem, & sic quoq; ad improprium extenditur. Alex. in l. 1. num. 11. in fin. C. de testam. Ripa in l. si constante, num. 86. ff. sol. matr. Zuchar. in l. fin. num. 167. vers. pro opinione mea. C. de edicto D. Hadr. toll. ergo remedium id dicto hæredi quoque conditionali competit.

Præterea text. in d. l. fin. non aperit, quòd hæres sit purus, vel conditionalis, sed simpliciter tantùm dicit, quòd si quis institutus ex asse, vel ex parte testamentũ ostenderit non cancellatum: ecce igitur, quòd d. l. fin. loquitur simpliciter & generaliter de hærede, ergo & generaliter intelligi debet, l. de pretio, ff. de public. & cum non distinguat, nec nos distinguere debemus, l. 3. in fin. ff. de off. præsid. l. 1. §. generaliter. ff. de leg. præst. c. dilectissimis, & ibi gloss. in verbo, coniuges. 12. quæ-

 stio. 1.

ſtio.1.cum ſimilib. & cum ita ſit, ergo d.l.fin. intelligitur ibi quoque loqui de hærede conditionali. ergo hæres conditionalis in poſſeſsionem immittitur, iuxtà d. l.fin.

Et præſertim cùm dicta immiſsio à iudice abſq; tertij præiudicio conceditur, prout iudex illam omninò ita concedere debet. Zuchar. poſt ſcribẽtes communiter in d.l.fin.nu.267. verſ. & idem eſt.

Alij autem præmiſsis non obſtantibus contrarium cenſuere, & intrepidè dixere, quòd tale remedium d. l.fi. hæredi conditionali antè conditionis euentũ non competat: quorum opinio mihi quoque magis placet, quia conditio nihil ponit in eſſe. l. ſi quis ſub cõditione, ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. & cum ita ſit iudici notorium, illum antè conditionis euentum non eſſe hæredem, meritò ſi dictum remedium hæredi cõditionali non competat; quia tantum hæredi datur. ita hanc approbat & defendit opinionem Zuchar. in d.l.fin.num. 224. & ibi ad cõtraria reſpondet, vt in fonte videri poteſt, ad quem breuitatis cauſa me remitto.

Et quamuis Alex. in d.l.fin.nu.14. ſe remittat ad dicta per eum in l.1.num.3. C. de edicto D. Hadr. toll. & ibi Alex. prima facie velit, tale remedium eidem competere: tamen cum ſe remittit in fin. ad dicta per Spec. in tit. de teſtam. §. ſequitur, num.37. & Spec. ibi dicat, id remedium d. hæredi nõ competere, ergo Alexan. hanc quoq; opinionem ſentire videtur; cum intelligi debet ſecundùm auctoritatem Spec. allegatam, iuxtà doctrinam Bart. in l. non ſolùm, §. liberationis, ff. de liber. legat. & licèt Zuchard. in dicta l.fin. num. 224. allegat Alexandrum pro parte contraria, tamen in hoc mihi videtur illum erraſſe, cum potius pro hac faciat opinione, quàm econtra.

Et ita tenendo non obſtat, quòd hæres conditionalis bonorum poſſeſsionem agnoſcere poſſit. l. ſi ſub cõditione. ff. de bon. poſſeſ. ſecundùm tabul. támen dico, quòd propter hoc talis agnitio effectum poſſidendi ipſi bonorum poſſeſſori non tribuit, ſed ius tantùm administran

ministrandi.§.quos autem.Inst.de bon. poss.& ibi Areti,num.7.& num.10.& ibi quoque Porcus, num. 14. & Ias.ibi in addit.sua.num.7.idem Ias.in l.1.§.de illo,nu. 22.ff.ad Trebel.Zuchar.in l.fin.nu.224. in fin. & seq. C. de edict.D.Hadr.tol.D.Rim.in.iun.in §.item vobis,nu. 60.Inst.per quas pers.ius nob. acquir. ergo non sequitur, hæres conditionalis ante conditionis euētum bonorum possessionem agnoscere potest, ergo remediū d.l.fin.eidem competit:nam hęc remedia sunt diuersa, vt ex supradictis patet, ergo non est licita argumentatio de vno ad aliud,tanquam ex diuerso, l. Papinianus exuli,ff.de minor.cum simil.

Nec refert dicere, quòd dictus hæres possessionem propria auctoritate capiendi potestatem habet, ergo remedium d.l.fin.ei competit, nam hæc consequentia non valet, cum in hoc remedio iudici nō permittatur hæredem in possessionem ponere, nisi per exhibitionem testamenti,& per oculatam eius inspectionem sibi constaret, illum esse hæredem, vt perspicuè dicit tex.in d.l. fi. quod equidem in casu nostro constare nō potest,si conditionalis hæres sit,nō purificata eius conditione,quę conditio nihil ponit in esse.d.l.si quis sub conditione,l.cedere diem,ff.de verb.sign.& suspendit illum esse hæredem,cum sit conditio de futuro. Ias. in l.conditio in præteritum,nu.1. ff.de verb. oblig. si hæres igitur suspenditur ob conditionem, sub qua fuit institutus,non adimpletam,meritò remedium d. l.fin. eidem non competit,cum primū cessat requisitum, de quo in d.l.fin.videlicet, se non esse hæredem tempore petitionis immissionis,ergo effectus d.l.fin.cessat,l.adigere,§.quanuis.de iur.patr.c.cum cessante,de appel. ita arguit Dec.cons.629.nu.1.Cagn.in l.in omnibus,nume.30.& seq.ff.de reg.iur.

Benè autem fateor, quòd si dictus hæres bonorum possessionem agnoscere voluerit,poterit petere, se associari ab vno nuntio curiæ iudicis,& propria auctoritate possessionem apprehendere,quæ associatio à iudice nō denegatur.secùs verò erit, si peteret se in possessio-

ſeſsionem à iudice immitti, quod equidem iudex id minimè facere poteſt, & ratio eſt in promptu, quia iudex ſuos iuris terminos ſeruare tenetur. Salic. in l. creditores, num. 29. verſi. pro cuius, C. de pignor. Iaſ. in l. 2. num. 113. C. de iur. emphyt. Zuchard. in d. l. fin. num. 158. verſ. ego aliter. Afflict. deciſ. 326. ſeruando igitur terminos iuris, de iure hæredem in poſſeſſionem immittere non poteſt, niſi per exhibitionem teſtamenti, per quod conſtat, illum eſſe hæredem, ſed ſic eſt, hæres conditionalis ante conditionis euentum nõ eſt hæres, cum conditio nihil ponat in eſſe. d. l. ſi quis ſub conditione. d. l. cedere diem. ergo iudex hunc hæredem conditionalem non in poſſeſsionem immittere poteſt, ſecundùm d. l. fin.

Vel & ſi hæres conditionalis peteret ſe in poſſeſſionem immitti, pro agnoſcenda bonorum poſſeſſione, non immittitur virtute d. l. fin. ſed in ſua materia agere debet ordinariè præter caſum d. l. fin. Dec. in d. l. fin. nu. 24. & ibi quoque Zuchar. nu. 158.

Nec valet dicere, quòd hoc remedium ſit fauorabile, ergo ad hæredem conditionalem extenditur. nam dico, quòd cenſetur fauorabile, quãdo teſtamenti executio iuxtà teſtatoris voluntatem fit. l. vel negare. ff. quemad. teſtam. aper. ſi igitur ita ſit, & teſtator noluit illum eſſe ſuum hæredem, niſi prius adimpleta & verificata conditione, & ſi ante conditionis euentũ in poſſeſsionem immitteretur, de directo contra teſtatoris voluntatem fieret, & hoc in caſu dictum remediũ non erit fauorabile, ergo ad hæredem conditionalem non extenditur, meritò ſi hæres conditionalis ante cõditionis euentum in poſſeſsionem non immittitur. iuxtà d. l. fin. ſic ergo aſſumptum argumentum cõtra partem aduerſam retorquetur. nam ſicuti propoſitum in propoſito operatur, ita & oppoſitum in oppoſito. l. fin. §. ſi filius, & ibi Bart. ff. de leg. 3. & contrariorum in cõtrarijs eadem eſt diſciplina. Iaſ. in rubr. ff. de acquir. poſſ. num. 10. & ſeq.

Et hac ratione euacuatur illud, quod vltrà Dd. pro

parte

parte contraria adduxeram, videlicet d.l.fin.generaliter de hærede loqui, ergo generaliter est intelligenda, ergo in hunc hæredem conditionalem verificatur, & ideò in possessionem immittitur, iuxtà d.l.fin.

At ego respondeo & dico, negando hæredem conditionalem (pendente adhuc conditione) vllo modo heredem testatoris dici posse, quia cōditio nihil ponit in esse. l.si quis sub conditione dandorum decem. ff. si quis omiss.caus.testam.Paris.consi.19.num.45. lib.2.D. meus Soc.Iun.cons.82.num.18.lib.1. & conditio de sua natura institutionis effectum suspendit. l.cedere die. ff.de verb.sign.Cagn.in l.in omnibus,num.25. ff.de regu.iur.Paris.cons.19.num.45.& pluribus seq. lib.2. D. meus Soc. Iun. cons.1. num.33. lib.1.nedum quando est expressa, sed & quoque tacita.Dec.cons.2.num.4.D.Riminal.iun.in §.item vobis,nu.68. Instit.per quas pers. nob.acquir. & ideo sequitur conclusio clara, quòd ea, quæ in conditione ponuntur, nō in dispositione sunt. d.l.si quis sub conditione, D.meus Soci.Iun.consi.177. num.7. lib. 2. & ponere in conditione non est ex testamento vocare, conditione non adimpleta. Dominus meus Socin.iun.cons.177.num.28.lib.2. & consi.65.nu. 60.lib.1.

Et hac ratione ad hæreditatem sub conditione vocatus, numquā hæreditatem consequi potest, nisi prius conditionem adimpleat.Paris.cons.19. num.47. & seq. lib.2.& regulare est, quòd in qualibet conditionali dispositione quis ex ea agere & excipere non potest, nisi conditio prius extet.d.l.cedere diem,l.pecuniam, ff. si certum pet.conditioneque igitur non impleta, institutio conditionalis locum non habet, quia cessante causa, cessat effectus.Cagnol.in d.l.in omnibus, nume. 30.& seq.Dec.cons.629.nume.1. & ideo si ante diem agit, malè agit.Cagnol.in d.l.in omnibus,num.19. & ante diem dicitur agere, cum conditio non sit impleta, l. pecunia, in fin.ff.si certum peta.defectusque conditionis nō facit quem priuari, sed effectum operatur, vt pro non instituto habeatur. d. l. pecunia. ibi, perinde

est. Paris. d. cons. 19. nu. 5. si ergo conditio ante conditionis euentum nihil in esse ponit, institutionemq; suspendit, & vocatus conditionaliter, non ex testamẽto vocatus censetur non impleta conditione, & agens ante conditionis euentum agere non potest, & si agit, malè agit, & pro non instituto habetur. sequitur igitur ex his conclusio clara, hęredem conditionalem ante conditionis euentum non posse petere se in possessionem immitti iuxta d. l. fin. cum omnia requisita d. l. fin. in isto hærede conditionali non verificentur, cum non sit hæres, & pro non instituto habeatur, ergo remedium d. l. fin. eidem nullo modo competit.

Et quando lex loquitur præsupponendo aliquid, dispositio legis non sibi locum vendicat, nisi præsuppositum verificetur. Dec. cons. 259. num. 6. sed sic est, d. l. fin. præsupponit, vt hæres in testamento sit scriptus, & institutus, iste cum sit conditionalis, ante conditionis euentum, pro non instituto habetur. d. l. pecunia, ergo d. l. fi. in isto hærede conditionali non verificatur & eidem non competit, quia non entis nullę sunt qualitates, l. eius qui. ff. si cert. pet. & ita limitat d. l. de pretio, Soc. in tract. fallen. reg. 129. in 1. fall.

Et plerique censuere, hanc conclusionem procedere posse, quando conditio de futuro sit, nam illa potest esse & non esse, & illa propriè conditio est. Ias. in l. cum ad præsens. num. 4. ff. si certum pet. Ripa in l. Stichum qui meus erit. num. 1. ff. de legat. 1. Dominus meus Soci. iun. consi. 1. num. 32. & seq. lib. 1. meritò si tunc ante conditionis euẽtum nulla obligatio neque actio sit nata, & successiuè remedium d. l. fin. eidem nõ competat.

Si verò conditio præsens tempus respiciat, quæ nõ est propriè conditio, neque eorum actionis & obligationis impedit, & pro pura habetur, l. cum ad pręsens. ff. si certum peta. Ias. in l. conditio in præteritum, num. 1. ff. de verbor. obligat. Cagnol. in d. l. in omnibus. nume. 24. meritò si huic hæredi conditionali remedium d. l. fin. competat.

Sed

Sed ego reor, hanc conclusionem esse veram, si conditio liquidatur, & probatur, quòd adimpleta fuerit, prout omninò facere debet, quando aliquid conditionale in iudicio deducitur. Dec. cons. 585. num. 1. & consi. 629. num. 2. Cagnol. in d. l. in omnibus. num. 33. quæ conclusio procedit, siue conditio de futuro sit, siue de præsenti; nam in omni casu requiritur liquidatio conditionis, licèt vna sit propriè, alia impropriè: & ideo conclusio communiter à Doctoribus est proposita, quòd hæredi conditionali ante conditionis euentum remedium d. l. fin. non competat, nisi prius conditione adimpleta & verificata. Corn. consi. 172. colum. 5. lib. 2. scribentes communiter in d. l. fin. & in locis, vt suprà, præallegatis, nam verificata conditione illa institutio pro pura habetur. Deci. consi. 613. colum. 2. in principio.

Et non tantùm hæredi primò,† verùm quoque hæredi hæredis hoc remedium l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll. competit. Bart. in d. l. fin. num. 11. Bald. num. 38. Ias. num. 7. propè fin. Deci. num. 29. & Zuchard. num. 191. & seq. Aret. in §. quadrupli, num. 28. circa medium. Instit. de actio. Iason in l. qui liberis, §. hæc verba. num. 13. ff. de vulgar. & pupillar. substit. Dec. consi. 588. num. 11. in fin. 177

Et remedium id in hoc à petitione hæreditatis nō differt, quæ & quoque hæredi hæredis competit. Afflictus decis. 374. num. 3. & ratio est in promptu, quoniam hæres hæredis est primi testatoris hæres. l. fin. C. de hæred. instit. l. in annalibus, C. de legat. Alex. cons. 98. nu. 10. libr. 2. Dominus meus Socin. iun. consi. 34. num. 16. vers. vel etiam, lib. 3. & nedum hæres hæredis, sed vlteriores quoq; testatoris hæredes sunt, l. hæredis appellatio, ff. de verb. sign.

Et quamuis non propriè sint hæredes, sed sub lata significatione veniant, hoc nihil refert, cum ad eos extendatur, ex quo id remedium est fauorabile. Zuchar. in d. l. fin. num. 192. vers. quod dictum. & num. 167. vers. tertiò pro opinione mea.

Sed contra hanc communem Doct. conclusionem valdè vrget l.fin. C.de edict.D.Hadr. toll. quæ loquitur in hærede scripto, vt colligitur ex illo verbo d.l.ibi.ostenderit. & ex rubr. & ex l.2.C.de edicto D.Hadr. tol.sed sic est, hæres hæredis non est scriptus, neque appellatione hæredis venit. l. cum filio. l. qui liberis.§. hæc verba, ff.de vulg.& pup.substit.meritò si remedium d.l.fin.hæredi hæredis non competat.

His autem non obstantibus non recedas à communi Dd.conclusione: nam etsi text. in l.fin. C.de edicto D.Hadr.tollend. de hærede scripto loquatur, tamen vendicat sibi locum in hærede hæredis, qui sub isto hærede scripto comprehenditur.facit text.in l.1.iuncta cum glos. in verbo, scripto. C.quorum legat.& ibi not.Bald.num.3.& seq.& Salicet.ibi quoque num.1.facit etiam d.l.1.iuncta l.1.§.hoc interdictum. ff.quorum legat.Ias.in l.fin.num.3.vers.quartò, C.de hæred.institu.idem Ias.in l.fin.num.12.Dec.num.24.& Zuchar.nu.189.vers.pro qua, & nu.192.vers.qua ratione, C.de edicto D.Hadr.toll.

Nec dictæ opinioni obstat text.in d.§. hæc verba, quoniam ille text.loquitur, quando hæres ex persona sua venire vult: sed Bart.loquitur, quando hæres hæredis ex primi hæredis persona venit, cui tunc hoc beneficium l.fin.C.de edicto Diui Hadr.tollend.competit; nam id remedium adipiscédæ ad hæredes est transmissibile.d.§.hoc interdictum.Zuchard.in l.fin. num. 196. C.de edicto Diui Hadr. tollen. si est transmissibile, & ad hæredes transeat; ergo omnes hæredes in infinitum sub hęredis appellatione comprehenduntur & veniunt, aliàs secùs erit. Ias. in l. Gallus, §.etiam si parente, num.36, vers. vltimò quærit. ff.de liberis & posthum.ergo hoc remedium hæredi hæredis, qui ex persona primi hæredis venit, competit. Hanc solutionem affert Ias.in dicto §.hæc verba.num.13. Curt.iunior in l.fin.numero 53. secutam à Zuchardo ibi. nume.193. C. de edicto diui Hadriani tollend.subdens ibi Zuchard. quòd hæc solutio, quo ad articulum præsentem

nostrum

nostrum quadrat, sed quoad terminos d.§. hæc verba, non procedit. per tex. in l. in annalibus. C. de legat. vbi hæres hæredis ex persona sua in legato annuo Titio & hæredibus præstando venit. Ecce igitur, quòd prima solutio quoad d.§. hæc verba. nõ est bona, neque eidem conuenit.

Doctores autem maximoperè super solutione dicti contrarij & harum legum laborauerunt, pluresq; attulerunt solutiones, & nonnulli dixêre, quòd d. §. hæc verba procedit: quia ibi loquitur in dispositione hominis, in qua hæres hæredis non venit: sed secùs est in dispositione legis, in qua hęres hęredis venit. l. 1. C. quor. legat. & ibi glo. & scribentes. cui opinioni adhæret Deci. in d. l. fin. num. 29. C. de edict. diui Adria. toll. & ibi etiam Curt. num. 57. à qua opinione ego dissentio, per text. l. fin. C. de hæred. inst. & per d. l. in annalibus. quæ iura in materia testamentaria, quæ est hominis, loquuntur, & tamen hæres hæredis venit: ergo dicta solutio est falsa, & à veritate deuiat, & prædictam distinctionem expressè reprobat Ias. in d. §. hæc verba. Zuchard. in l. fin. num. 193. vers. cui solutioni. C. de edicto diui Adr. tol. Cagno. in l. qui successionem. num. 11. vers. quintò limi. ff. de reg. iur.

Alij verò alio modo distinxêre, & dixêre, quòd d. §. hæc verba, procedit, quia ibi censetur testatorem affectionem erga substitutum gessisse, quæ contra substituti hæredem non habita dici potest, meritò si hæres hæredis in d. substitutione non comprehenditur. Alex. in l. cum filio. nu. 2. vers. & est ratio. ff. de vulg. & pup. substi. si nulla autem affectio magis verisimiliter in hærede scripto, quàm in non scripto considerari potest, tunc hæres hæredis sub hæredis appellatione venit. Alc. in l. hæredis appellatio. col. 1. ver. sed & si. ff. de verb. sign. Cagnol. in l. qui per successionem. num. 6. ff. de reg. iur. & affectionem habere censetur, quando testator mentionem de hærede facit, si facit mentionem de suo, tunc non de hærede hæredis intelligitur. si de hærede autem extraneo mentionem faceret, tunc hæ-

redis appellatione omnes in infinitum comprehendantur, per l. in annalibus. C. de legat. & per l. fi. C. de hæred. inst. & ratio est in hoc secundo casu: nam testator non primos magis quàm alios cognoscebat, quod non sic est, quando de proprijs hæredibus mentionem facit: nam eo in casu de primis tantùm hæredibus intelligitur: ad quos testator tãtùm affectionem habuit, & in hoc secundo casu loquitur d. §. hæc autem verba ita tradit Iaf. in d. §. hæc autem verba. nu. 6. Alcia. in d. l. hæredis appellatio, col. 2. in prin. Cagn. in d. l. qui per successionem. col. 1. ver. quinto limi.

Zuchard. autem in d. l. fin. num. 193. in fi. C. de edict. Diui Hadria. tol. videtur inter dentes hanc distinctionem approbare, tandem ibi num. 195. versi. sed nec ista. dicit, quòd hęc distinctio non sine dubitatione transit. per text. in l. si peculium. §. hæredi. & per l. seruus si hęredi. ff. de statulib. in quibus iuribus probatur, quòd iussus dare hæredi, satisfacit dando hæredi hæredis, & tamen testator iussit hæredi debere dari ob eius affectionem, qua prosequebatur instituendo etiam eum, vt ibi per Zuchard.

Mihi autem proculdubiò non placet illa opinio, quòd text. in d. §. hæc autem verba. sibi locum vendicet, quando de hærede mentio fit, & sic de filio suo: secùs est, si de extraneo. nam tunc in hoc secundo casu in infinitum omnes hæredes comprehenduntur, & nescio videre, vnde hæc distinctio eliciatur, nisi ex Doctorum capricio, & sic sine lege, ergo erubescimus. l. illam. C. de collat. cum sim. nam equidem, text. in d. §. hæc autem verba. nõ aperit, quòd hæredes scripti sint filij, sed dicit, quisquis mihi hæres erit, filio meo substituo. qui d. §. hæc autẽ verba, cùm generaliter loquatur, generaliter intelligi debet. l. de pretio. ff. de publi. cum simil. si igitur ita intelligatur, ergo in hærede extraneo verificari potest, prout etiam tex. in d. §. hæc autem verba, præsupponere videtur, vbi vult, quod nec pater, nec dominus, ad dictam substitutionem admittatur. ergo expresiè sentit, quòd hæres sit alterius filius,

lius, vel seruus alienus, ergo non est suus, sed extraneus, & tamen d.§. hæc autem verba. non vult, quòd hæres hæredis ad dictam substitutioně veniat: ex quo ex testatoris iudicio non venit. ergo patet, quòd quando etiam sit extraneus, hæres hæredis non venit, ergo distinctio præallegata non est bona, sed penitùs falsa.

Et sicuti tex. in l. fi. C. de hæred. inst. in hærede extraneo loquitur, & hæres hæredis sub antiqua regula venit, & text. in d. §. hæc autem verba. in hærede etiam extraneo loquitur, & tamen hæres hæredis non venit: ergo hæc iura remanent penitùs discrepantia & contraria.

Zuchard. verò in l. fi. nu. 195. ver: qua de re. C. de edi. D. Hadr. tol. solutionem harum legum affert, & dicit, quòd hæredis appellatione hæres heredis regulariter venit, & in his terminis loquitur Bar. & communiter Doct. in l. fi. C. de edic. D. Hadr. tol. sed in paucis equidem speciebus appellatione hæredis, proximus tantū hæres venit: vtputà in substitutione impuberis facta per hæc verba. quisquis mihi hæres erit, prout loquitur tex. in d §. hæc autem verba.

Et hanc solutionem expressè affert text. l. sciendū. de verbo signi. & d. l. sciendum. specialitatis rationem assignat, & dicit, quòd hæres hæredis est incertus, quasi quod d. l. sciendum. declarare velit text. in d. §. hæc autem verba. dum dicit, quòd nō ex testatoris iudicio venit: nam cùm sit incertus, testatoris iudicium pupillarem substitutionem facientis, super eo cadere non potuit, tandem Zuchard. ibi dicit, quòd super hac solutione cogitetur.

Ego autem quoq; dico, quòd hæc distinctio dubitatione non caret, quia d. l. in annalibus. hæredes in infinitum comprehenduntur, & tamen legata ibi certæ personæ relicta erant, & quoq; eius hæredibus, & sic generaliter & incertis, & tamen hæres hæredis in infinitum venit, ergo non sequitur: mentio de hærede generaliter fit, & sic de incerto hærede, ergo propter

pter hoc hæres hæredis non venit, immò non obstante dicta generalitate & incertitudine, hæres hæredis venit. l. in annalibus. C. de lega. ergo d. l. in annalibus. videtur contraria d. l. sciendum. & sic quando putamus Scyllam euitare, in Caribdim incidimus.

Sed tu has leges ita contrarias hoc modo declarare poteris, si hanc Zuchardi solutionem tenere volueris, & dicere, quòd d. l. sciendum. procedit, quia illa generalitas, videlicet, quisquis mihi hæres erit, certis in personis verificari non potest, meritò si eo in casu hæres hæredis non venit, ex quo testatoris iudicium ad incertas personas non extenditur. d. l. sciendum. & ibi Alcia.

Sed in d. l. in annalibus. non illa tantùm legata certæ personæ relicta erant, sed eius quoque hæredibus, & sic in numero plurali, taliter quòd ex testatoris iudicio omnes hæredes in infinitum veniunt. vt ibi in d. l. in annalibus. dicitur. vbi Alex. & cæteri scribentes. Bart. in l. 1. colum. pen. ff. de const. princip. Plot. in l. si quando. num. 847. C. vnde vi. meritò si hæredis appellatione eo in casu omnes hæredes in infinitum comprehenduntur.

Sed Crau. consil. 155. num. 6. dicit declarando id dictum, hocque restringendo, quòd si testator filiam & eius hæredes vocaret, & tunc hæredis appellatione omnes eius descendentes tantùm in infinitum veniunt: sed si testator diceret, & quoscunque hæredes, & tunc omnes etiam extranei hæredes propter illam vniuersitatem comprehenduntur. vt ibi per Crau.

Solutio autem harum legum non mihi equidem difficilis videtur, si rationes dictarum legum rectè inspiciantur, prout quilibet prudens Iurisconsultus facere debet: cùm legum ratio illarum anima sit, à qua tota illarum vis dependet. l. à Titio. ff. de verbo. oblig. cum sim. quare pro enucleatione dictarum legum dico sic, quòd in tex. l. cum filio. & in l. qui liberis. §. hæc autem verba. ff. de vulg. & pup. substit. hæres hæredis ad substitutionem nō admittebatur, quia testator filio

suo

ſuo impuberi ſubſtituerat, et dixerat, quiſquis ſibi hęres erit. ergo vt quis ad ſubſtitutionem vocetur; neceſſe eſt, quòd conditio prius in illo verificetur, videlicet quòd ex teſtamento iuxta teſtatoris voluntatem hæres ſit. l. cedere diem. ff. de verbo. ſign. quæ in teſtamenti interpretatione primũ locum obtinet. l. in conditionibus. in princip. ff. de cond. & demonſt. & totum facit. l. ex facto. la. 2. §. rerum autem Italicarum. ff. de hæred. inſti. l. ſi mihi & tibi. §. ſi. ff. de leg. 1. ſi teſtatoris volũtas in teſtamentis pręualet, & teſtator velit, quòd quiſquis ſibi hęres erit, ad ſubſtitutionem admittatur, hæres hæredis in prædicto caſu non erit teſtatoris hęres non verificata in primo hærede conditione, nec ad dictã ſubſtitutionem ex teſtatoris iudicio vocabitur, meritò ſi ad dictam ſubſtitutionem non admittitur. vt in dictis iuribus expreſſè dicitur.

At in d. l. in annalibus. hæres hæredis in infinitum ex teſtatoris iudicio venit, quia dicta legata & fideicommiſſa certæ perſonæ non tantùm erant relicta, ſed quoque hæredibus hæredis, & ſic ergo hæredes hæredis ex teſtatoris iudicio veniũt. vt in d. l. in annalibus legitur, & ibi ſcribentes. ſi verò dicta legata certę perſonæ fuiſſent relicta. & non fuiſſet adiectum: & eius hæredibus: & tunc hæredes hæredis non ex teſtatoris iudicio venirent, meritò ſi ad dicta legata & fideicommiſſa non admitterentur.

Similiter l. fin. C. de hæred. inſt. ibi hæres hæredis ex teſtatoris iudicio venit: nam legitur ibi, teſtatorem Sempronium ſibi inſtituiſſe, ſi ipſe teſtator hæres Plotij extiterit, at niſi mediante ſua perſona Sempronius ex iudicio teſtatoris ad Plotij hæreditatem ſuccedere non poteſt: neceſſe eſt ergo, quòd Sempronius tanquã hæres Plotij mediante teſtatoris perſona ad hæreditatem Plotij veniat: cùm non alio modo ex teſtatoris iudicio venire poteſt. vt in d. l. ſi. dicitur. ecce ergo quod hæres hæredis in inſtitutionibus, legatis, fideicommiſſiſque non venit, niſi ex teſtatoris iudicio veniat: ergo & prædictæ leges non ſunt ad inuicem contra-

riæ & discrepantes, immò conformes sunt, si ratio illarum rectè respiciatur, cùm omnes semper ad idem tendant, vt suprà deduxi.

Non obstat tex. l. si peculium. §. hæredi. & l. seruus si hæredi. ff. de stat. liber. nam ibi per solutionem non tantùm hæredi, sed & hæredi hæredis, primo hærede defuncto factam, ille seruus liber effectus fuit, & liberatur. prout etiam dicit Cagnol. in l. qui per successionem, num. 5. ff. de regul. iur. & ibi non tam suæ libertatis fauore procedit, sed & tum quoque ex testatoris voluntate, videlicet quòd solutio non solùm hæredi hæredis fieri possit. vt colligitur in d. §. hæredi. ibi in illo versic. sed si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicēdum est. ergo præsupponit d. §. hæredi. quòd solutio ex testatoris voluntate à manumisso fieri possit, non tantùm hæredi, sed etiam hæredi hæredis, & ita est etiam intelligenda d. l. seruus si hęredi. cùm vna lex ab alia declarationem recipiat. l. non est nouum. ff. de legi. ergo semper per dicta omnia iura præallegata comprobatur, quòd hæres hæredis non venit, nisi ex testatoris iudicio veniat. vt in dictis iuribus præallegatis expressè dicitur.

Nec dictis iuribus obstat. l. hæredis appellatio. ff. de verb. sign. nam illa lex impropiè, & sub lata significatione intelligitur, videlicet quòd hæredis appellatione omnes hæredes veniant. vt in d. l. hæredis appellatio dicitur, sed dico, quòd hęredes impropriè veniunt, si in fauorabilibus casibus simus, vt est præsens remedium. l. final. C. de edicto Diui Hadria. tollen. vt aliàs suprà tetigi. meritò si tunc sub hæredis appellatione hęres hæredis veniat: nam quando legis dispositio est fauorabilis. est ampliāda ad casum, qui sub lata verborum significatione comprehendi potest. iuxta regulam. odia restringi, fauoresq; ampliari conuenit. in 6. Corn. cons. 172. col. 5. in prin. lib. 2. attēto quod id remedium ad hæredes est transmissibile. Zuchard. in l. fiña. num. 196. C. de edicto D. Hadriani tollen. ergo hæres hæredis non ex sua persona veniens, sed tan-

quàm

quàm hæres primi hæredis testatoris, & sic tunc etiam propriè venit, licet mediante persona primi hæredis veniat. Cagnol. in l. qui per successionem. num. 11. versicu. quartò limita. ff. de regul. iur. meritò si tunc eo in casu remedium hoc hæredi hæredis competit, vt suprà dixi.

Si verò quando sumus in materia stricta odiosaque, prout est substitutio, vt dicit Alexan. consil. 59. num. 5. vsque ad finem consilij. libr. ... in l. fi. a. num. 4. C. de hæred. instit. Deci. cons. 636. num. ... in fin. & seq. Ruin. cons. 53. num. 4. ver. sed his omnibus. & num. 8. lib. 2. Paris. cons. 31. num. 19. & seq. & num. .. 7. libr. 2. & ob eius restrictionem solet dici, hoc casu substitutio non loquitur, ergo non facta censetur. Rub. cons. ... num. 3. Paris. cons. 41. num. 24. lib. 3. dominus meus Socin. Iun. cons. 155. num. 6. lib. 2. sed sic est, ergo eo in casu hæredis appellatione hæres hæredis non comprehenditur, tanquàm materia odiosa strictaque, & prout loquitur d. l. cum filio. d. §. hæc autem verba. d. l. sciendum. nisi hæres hæredis ex testatoris voluntate veniat, vt dicit d. l. in annalibus. & l. fina. C. de hæred. inst. & d. §. hæredi. & d. l. seruus si hæredi. vt suprà ostendi. ecce igitur, quòd si Doctores intimos legum & nō verborum cortices inspexissent, dubio procul non ita elaborassent, & non tot membranas denigrassent, cum oculata inspectione omnes prædictæ leges nō sint discrepantes, & ad vnam citharam sonent, & in ratione penitus concordantes sint, vt suprà dixi, & satis plenè & recte demonstraui.

Et quoque remedium † l. fin. C. de edicto Diui Hadriani toll. non tantùm hæredi hæredis ex testamento primo hæredi succedenti competit, sed ipsi etiam hæredi hæredis primo hæredi ab intestato succedenti datur: cum ad id remedium non ex persona sua, sed ex primi hæredis persona tantùm veniat: ideo non curatur an primo hæredi ex testamento, vel ab intestato succedat, dummodò primus hæres ex testamento testatori successerit, & præsertim cùm id reme- 178

dium ad hæredes transmissibile sit. l.1. §. hoc interdictum.ff.quorum leg.sed sic est,ergo hæredi hęredis ab intestato etiam primo hæredi succedenti competit, dummodò primus hæres ex testamēto testatoris prædefuncti extiterit. Zuchard.in l.fin.nu.196.C.de edict. D.Hadr.toll.

Sed tu contra hanc conclusionem sic fac argumentum, & dic, quod aut primus hæres testatoris hæreditatem defuncti adiuit, vel non: si adiuit, ergo non illa amplius hæreditas testatoris prædefuncti dicitur, sed ipsius tantùm hæredis patrimonium censetur.l.sed si plures.§.si filio.ff.de vulg.& pup.subst.not.in l.1.§.veteres.ff.de acquir.poss. Ias.in l.fin.num.11.C.de edicto D.Hadria.toll.Ripa in l.filiusfamilias.§.diui.num.56. ff.de leg.primo.Dec.consil.655.num.34.Paris.consi.20. num.1.libr.2. si illius patrimonium est,qui adiuit,frustrà igitur hæres hæredis petit se immitti in bonorū possessionem hæreditariorum testatoris prędefuncti, cùm non entis nullæ sint qualitates.l.eius qui.ff.si certum peta. & cessante ratione hæreditatis testatoris ob primi hæredis aditionem, ergo & dispositio d.l.fina. cessare debet.c.cū cessante.de appel.l.adigere.§.quamuis.ff.de iur.patr.ergo remedium d.l.fin.hæredi hæredis non competit.

Si autem hæres testatoris hæreditatem illius non adiuit, iura hæreditaria ad hæredes suos transmittere non potuit regulariter l.quoniam sororem.vbi Bart. Alexan.& alij Scribentes.C.de iure delib. Paris.consi. 40.num.10.libr.3. nisi ipse intra annum, qui ad deliberandum sibi datur, sciens hæreditatem sibi esse ex testamento delatam, decedat: nam tunc ipse residuum tempus deliberādi ad suos hæredes transmittit.l.cum antiquioribus. & ibi Doct.C.de iure deliber. vel nisi transmittens de liberis sit: nam tunc ad quoscumque hæredes etiam extraneos transmittit, secundùm crebriorem, & veriorem Doct.opinionem. vt per dominum meum Socin.Iun.consil.119.nume.14.& pluribus seq.libr.1. quamuis nonnulli dicant necessarium esse

quòd

quòd hæres sit de liberis, & ad quos hæreditatẽ transmittit, quoq; de liberis sint. Guid. Pap. quæst. 909. Rub. consil. 8. nu. 4. Gram. decis. 103. nu. 45. tamẽ opinio domini mei Soc. Iun. vt suprà, mihi magis placet, rationib. vt ibi per eum allegatis. si hæres ergo sit extraneus, sumus in regula prædicta, videlicet, quòd hæres non adita hæreditate, iura hæreditaria ad hæredes nõ transmittit, & successiuè nec ius petendi in possessionẽ immitti. meritò si ipsi hæredi hęredis eo in casu remediũ d. l. fi. non competit.

Verùm his non obstantibus, non recedas à prima opinione non firmata, & reor primam rationem dicti argumenti nihil primæ conclusioni, vt suprà firmatæ, obstare. nam eidẽ vnico verbo respondeo, & dico, non hanc valere consequẽtiam: hęres hęreditatem adiuit, & post aditionẽ hæreditas patrimonium adeuntis fit. ergo remedium d. l. fi. hęredi hęredis non competit. & falsitas dicti argumenti comprobatur: nam per hæreditatis aditionẽ hęres dominium rerum hæreditariarum consequitur, sed possessionem illarum minimè: cùm illa sit facti, nisi corporaliter apprehendatur. l. cùm hæredes. ff. de acquiren. possess. Iason in d. l. fina. num. 9. Ripa in l. 1. §. sed quoties. nu. 6. in fin. ff. ad Treb. dominus meus Soc. Iun. cõs. 18. nu. 24. lib. 2. si ergo post aditionem necessaria sit possessionis apprehensio: ergo remedium adipiscendę hæredi hæredis competit pro adipiscenda possessione.

Et hæc conclusio fortificatur: nam videmus, quod ad hoc, vt primo hæredi hoc competat remedium, necesse est, quòd hæreditatem adiuerit, quæ aditio solo animo fit, in petendo se in bonorum possessionem immitti. iuxta d. l. fina. vt suprà dixi, in illo articulo, dum disputaui, an sit necesse vltra testamẽti exhibitionem hæreditatis aditionem probare, vbi plenè ibi dixi, si hęreditatis aditio sit necessaria, ad hoc, vt tale remedium hæredi competat. ergo sequitur, quòd allegata argumenti consequentia in contrarium adducti penitus est falsa: ergo hæredi hæredis, ex primi hæredis

H perso-

persona ad hanc hæreditatem venienti, remedium id adipiscendæ competit, ad consequẽdam possessionem bonorum hæreditariorum testatoris prædefuncti, vt suprà in conclusione dixi, nisi primus hæres iam sua in vita possessionem adeptus fuisset, & deinde à possessione cecidisset: nam secundus hæres, ex primi hæredis persona, & iure veniens, vt suprà sæpius in conclusione dixi, dictum remedium ei non competit, cùm non ei concedatur, qui à possessione cecidit. §. adipiscendæ. vers. si itaque. Instit. de interd. Ias. in l. fin. num. 9. & 11. Dec. nu. 4. in fin. & Zuchard. nu. 198. C. de edicto D. Hadr. toll.

Si primus autem hæres hęreditatem non adiuerit, & hæres sit extraneus, in prædicta regula sumus, & tũc profecto nulli dubium erit, hoc remedium eidem non competere, cùm secundus hæres ex primi hæredis persona veniat, & non ex sua persona. meritò si primo hæredi (non adita hæreditate) non id remedium competit. Zuchard. in d. l. fi. nu. 170. & vt aliàs suprà tetigi: ergo nec huic suo hæredi secundo competit, ne secundus melioris sit cõditionis, quàm primus, quod esse non debet, per text. in l. fina. §. si creditor. ad Velleia. ergo ex his necessariò concludo, hoc remediũ d. l. fi. hæredi hæredis in hoc casu non competere.

Sed si essemus in vno casu dictarum fallentiarum, videlicet, quòd hæreditas non adita ad suos hæredes transmittatur: & tunc quoque arbitror, eo in casu hæredi hæredis id remedium dari, cùm hæres hæredis iura hęreditaria dominiaque bonorum hęreditariorum ex primi hæredis persona habeat. d. l. cùm hæredes. & ibi Scribentes. ergo ad consequendum corporalẽ possessionem remedium adipiscendæ eidem competit & conceditur, ex quo dictum remedium ad hæredes est transmissibile, d. §. hoc interdictum. & vt suprà dixi. igitur &c.

179 Et † quamuis non desunt, qui existimarunt. quòd si primus hæres defuncto ab intestato successisset; si secundus hæres hæredis, ex testamento primi hæredis confe-

confecto, primo hæredi succederet, quod id remediũ eidem competeret, ad consequẽdum possessionem bonorum hæreditariorum illius, cui primus hæres successit. Baldus in l.1.colum.1. versi.pone ergo.ff.de pet. hæred.

Curt.autem in l.fi nu.53.C de edicto D.Hadr.tolli. de hoc dicto valdè dubitauit, & Zuchar.ibi nu.197. reprehendit dictũ Bald. & dicit, illud procedere in hæreditate respectu huius primi hæredis, cui ex testamẽto successit, si dicta bona hæreditaria hæres tempore eius mortis possedit, vel detinuit. si secundus autẽ hæres ex testamento primi hęredis, qui primo defuncto ab intestato successit, velit tanquam in bona primi defuncti hæreditaria in possessionem immitti, nullo equidem modo potest, cùm id remedium succedenti ab intestato non cõcedatur, vt suprà dixi. & sicuti primo nõ competit, ergo nec huic secundo competeret: cùm iste hæres hæredis non habeat nisi ea iura, quę primus hæres habebat, & si primus non habet id ius adipiscendæ, ergo illud in suum hæredem transferre nõ potuit: quia nemo dat, quod non habet. l.traditio.ff.de acqui. rer.dom.l.nemo plus iuris.ff.de reg.iur.

Et id conuenit, ne secundus hæres melioris conditionis sit, quàm primus. l.fi.§.si creditor.ff.ad Velleianum. ergo ex his necessariò concluditur, d.remedium hæredi hæredis in d.casu non competere: & licèt Zuchard.in dicta l.fin.nu.197.in fin.dicat, Bald.auctoritatem esse magnam: tamen ibi concludit, illum malè loquutum fuisse, nisi declaretur eo modo, & eo in casu, vt dixi suprà. cui opinioni ego quoque annuo, & dico, Baldum perperam & malè loquutum fuisse, rationibus præallegatis. & de auctoritate Bald. quamuis illa sit magna: tamen in hoc nihil curandum est, cùm contra iura apertissima, & contra tam perspicuam rationem præallegatam loquatur: nam Doctorum auctoritas non legi præualet, immò ab ea dependet, & erubescimus, cùm sine lege loquimur. l.illam.C.de collat. cum sim.igitur &c.

180 Si hæres in re certa † institutus sit, hærede vniuersali dato, nõ eidem regulariter competit beneficium. l.fi.C.de edicto D.Hadria.toll.& ratio est, quia dictus hæres legatarij loco habetur.l.quoties.C.de hær.inst. tum quia etiã iura actiuè & passiuè non in eum transeunt.D.meus Socin. Iun.cons.10.num.2.libr.1. & hęc opinio principalis fuit glo.in d.l.fin.in verbo.Ex parte.quę à Doct. ibi communiter recipitur: & maximè per Alex.ibi num.6.in fin. Ripa in l.1. nu.16.ff.quorum bonorum.Paris.cons.54.num.8. & cons.74.num.41.lib. 3.Pract.Pap.in form.libel. quo pet.hæred.ex testam.in gloss. in omnibus. num. 1. Et quamuis hæc opinio à Curtio Iun.in d.l.fina.ibi num.38. & seq. reprobetur: tamen pulchrè à Zuchardo ibi defenditur, respondendo omnibus particulariter obiectionibus Curt. iun. ad quem ob eius rationes me remitto, cùm in fonte videri possit.

Si nullus autem hęres vniuersalis à testatore in testamento datus sit, ille tunc in re certa institutus, loco hęredis vniuersalis est.l.1.§.si ex fundo.ff.de hęred.institu.l.cohæredi.§.fin.ff.de vulg.& pup.subst. Alexan. consil.98.num.10. libr.2. secundùm crebriorem Doct. opinionem, vt per dominum meum Socin.Iun.consi. 10.num.16.libr.1.& hoc est, ne testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat.vt l.ius nostrum.ff. de reg.iur.nec equidem testator facere potest, quin leges suo in testamento habeant locum.l.nemo potest. & ibi Doct.ff.de leg.1.

Et hac ratione hæres in re certa institutus, per ius accrescendi vniuersalis hæres fit. Pract. Pap. in form. libel.quo pet.hæred.ex testam.in glo. in omnibus.nu. 3.Ripa in l.Centurio.num.95.vers.videmus.ff.de vulg. & pupil.subst.dominus meus Soc.cons.111.nu.5.& pluribus seq.lib.1. quod ius accrescendi ex tacita testatoris voluntate obuenit, secundùm receptiorem Doctorum opinionem. vt per Cagnol.in rub.C. quando non pet.par.num.21.& sequ.& per dominum meum Socin. Iun.consil.139.num.23.& sequen.libr.1. hæredi vtique

vniuer-

vniuersali id datur remedium: ergo & in hoc quoque casu huic in re certa instituto competit. glo.in dicta l. fina. in verbo, Ex parte. & ibi Decium post Scribentes, num.23.vers.primus. & Zuchard.ibi quoque num.159. versic.fallit primò. Aret.in §.quadrupli.num.28. prope finem.Institu.de act.Alexand.in l.quoties.colum.3. versic.pro hoc.C.de hæredibus instit. Pract.Papien.in form.libell.quo pet.hæred. ex testa.in gl.in omnibus. nu.3.& seq.

Vel & hærede vniuersali quoque dato, sed hęreditatem repudiáte, & huic tunc in re certa instituto hoc beneficium conceditur, ex quo tota sibi hæreditas accrescit, secundùm crebriorem Doct.opinionem, vt dicit Alex. in d.l.quoties.col.3.in prin.Salic.in d.l.fi.nu. 5.Ias.nu.7.ver.breuiter veritas. Dec.num.23. vers.primus.& Zuchard.num.159.ver.tertiò fallit.Aret.in d.§. quadrupli.nu.28.in fi.

Et hæc opinio non solùm procedit, si hęres vniuersalis hæreditatem repudiat, verùm & quoque si hęreditate nō adita decedat: nam tunc rei mentione detracta, ille institutus in re certa loco hæredis vniuersalis succedit.d.§.si ex fundo.& per consequens hoc eidem remedium datur. Pract.Pap.in form.libel.quo pet.hęred.ex testam.in glo.in omnibus.nu.3.

Sed Ias.in d.l.fin.num.7.prope fin.contra hanc conclusionem sic argumentatur & dicit, remedium huius l.fin.hæredi scripto competit, vt colligitur in d.l.fin. in verbo, Ostenderit. & expressè dicitur in rubr. & in l.2.C.de edicto D.Hadria.toll. sed sic est, hæres in re certa in testamento institutus non legitur, quòd hęres vniuersalis, sed particularis tantùm sit: nam legitur illud, quod oculis corporeis sine interpretatione in testamento videri potest.l.1.ff. de his, quæ in testam.delen.dominus meus Socin.Iun.cons.131. num.72. & seq. lib.1.ergo non hoc eidem remediũ competit.Et quamuis Ias.ibi à communi non recedit: quia dicit, quod oportebit, vt ille in re certa institutus probet, hęredem vniuersalem repudiasse hæreditatem, vel absque hæ-

reditatis aditione defunctum fuisse. vt ibi latius per eum, & vt aliàs dixi suprà.non tamen propter hoc obiectioni contrariæ respondet.

Sed ego equidem huic argumento vnico verbo respondeo.& dico,quòd institutus in re certa non hærede vniuersali dato: vel dato,& hęreditatẽ repudiante, vel mortuo hæreditate nõ adita, & testatoris voluntate(detracta rei mentione) hæres vniuersalis est.d.§. si ex fundo. nam ius accrescendi ex tacita testatoris võluntate prouenit.secundùm communem Doct.opinionem, vt per Cagnol. in l.vnica,num.21.C. quando non pet.par.

Et id iuri conuenit, ne testator pro parte testatus, & pro parte intestatus, decedat: nam esset contra l.ius nostrum.ff.de regu.iur. si ex testatoris ergò voluntate ex verbis in testamento expressis deprehenditur, illum esse hæredem vniuersalem. ergo ille casus non censetur omissus, sed in testamento scriptus: nam illud omissum non dicitur, quod ab aliquo verbo expresso,vel subsequenti venit. Ias.in l.cùm res.num.18. ff.de leg.1.Zachar.in d.l.fina.num.189. vers.pro qua.& num.190.versi.ad quintum.Curt.Iun.cons.121.num.11. Paris.cons.16.num.24. libr.3. Dominus meus Soc.Iun. consil.8.num.12.libr.2. Crau.cons.130.num.7.& consi. 62.num.14.cumque voluntas istius scripta sit,quæ colligitur ex præcedentibus, vel subsequentibus verbis in testamento insertis,magis quàm verba attenditur: aliàs si ex dictis verbis nõ comprehendatur, secus est. Rip.post Doct.in l.hæredes mei.§. cùm ita. num.34. & ibi etiam Forniel.num.63.ff.ad Trebell. Cagnol.in l.1. num.53.C.de pact. Dec.consi.15.num.6.& consi.514.colum.fin versi.vltimò. Ruin.cons.179.num.7.in fin.lib. 2. Paris.cons.35.num.13.& consil.66.nu.12.libr.3.Curt. Iun.cons.121.num.11.Rub.cons.68.num.2.versi.præmissis.Dominus meus Socin.Iun.cons.1.num.27.& consil. 78.num.32. & sequen.libr.3. si voluntas igitur scripta ex testamento collecta attenditur, & hærede vniuersali non dato: vel dato, sed hæreditatem repudiante,

compre-

comprehẽditur in his casibus testatorem voluisse, illum in re certa institutum suum esse hęredem vniuersalem, rei mentione detracta. d.§. si ex fundo. & Scribentes communiter in d.l.quoties. ergo iste in re certa institutus, tunc hæres vniuersalis in testamẽto scriptus censetur: & sic ergo pro hærede vniuersali legitur: cùm ex testamenti verbis comprehendatur, illum eo in casu esse hæredem vniuersalem institutum. glo. est in l.1.in verbo, Extrinsecus.ff.de his quæ in testam. delen. si hoc modo oculata testamenti inspectione legatur, illum hæredem esse vniuersalem: ergo eidem remedium d.l.fi.competit. & ita Iasonis argumentum euacuatur in contrarium adductum, ita quoque ad contraria respondet Dec.in d.l.fi.nu.24.

Et quamuis Zuchard.in d.l.fi.num.163.dicat, quòd Decij responsio dubitatione non caret, per ea, quæ tradit Feli. in c.translato.de const. Ias.in l.ait prætor.nu. 6.& seq. ff.de noui oper.nunc.

Sed ego respõdeo, & dico, quod Feli.& Ias.loquuntur, quando dispositio contra ius commune est, & in odiosis sumus: nam tunc lex aliquid expressè requirẽs fieri, pariter requirit, quòd mẽtio fiat specialis, & expressa, & non per coniecturas, vt ibi per Felin.& Ias. sed nos in præsenti articulo proposito sumus in casibus, qui non contra ius commune sunt, sed secundùm ius commune, videlicet, quod hæres particularis hærede vniuersali non existente & hæreditatem repudiante, & sic de similibus, loco hęredis vniuersalis succedit, vt suprà tetigi, & sumus in casu fauorabili, in quo de modico tractatur præiudicio, vt dicit Deci.in loco allegato vt suprà, sed in fauorabilibus legis dispositio ampliatur, & sub illa omnis casus comprehenditur, qui sub lata verborum significatione venit, iuxta regulam.odia.de regu.iur. in sexto.Corne.cons.172. colum.5.in prin.libr.2.Zuchar.in d.l.fin.nu.167. versi. secundò. meritò si hæres particularis in prædictis casibus loco hæredis vniuersalis succedens, hæres vniuersalis dicatur.

Cumque in testamenti interpretatione illud semper expressum dicatur, quod ex verbis praecedentibus, vel subsequentibus colligitur. Ias. in d.l.cùm res. num.18. & alij Doct. ad id propositum, vt suprà, praeallegati. & testatoris tunc voluntas, & non verba attenditur, vt dicunt commemorati patres in locis praellegatis vt suprà.

In hancque reincidit quoque opinionem Zuchar. in d.l. fina.num.162. vbi vult, quod omnis extrinsecus qui ex ipsa littera, vel ex vi ipsius litterae legi potest, in testamento dicitur expressus, & scriptus, iuxta glo. in dicta l.1. quod enimuerò nihil aliud est dicere, nisi illud, quod ipse Dec. ibi dicit, ergo Decius in hoc à Zuchardo non merebatur reprehendi, & sic solutio dicti argumenti prius fuit Decij, quàm Zuchardi, licèt Zuchard. sibi illam ascripserit, hancque solutionem intra dentes sentit Ias. in d.l. fina.num.12. Zuchard. post alios Doct. ibi in loco vt suprà allegato. Corn. consil. 172.col.5.lib.2.

181 Et nonnulli quoque censuêre, quòd id remedium haeredi in re certa instituto concedatur, haerede vniuersali dato, haereditate non adita: nam si haeres vniuersalis haereditatem non adiuerit, illa institutio tunc naturam vniuersalis institutionis, ob spem iuris accrescendi, sapit, cuius virtute remedium hoc sibi competit. Barto. in l. fina.num.8.C. de edicto D. Hadriani toll. tamen communiter ibi est reprobatus, vt dicunt Ang. in d.l. fin. colum.1. versi. in glo.4. & etiam Salic. ibi num.5. Alex. num.6. in fi. Ias. num.7. vers. glo. in verbo. Dec. num.23. versic. sed contrarium. & Zucchard. num. 159. ver. fallit secundò. Aret. in §. quadrupli. nu.28. prope fin. Inst. de act. Alex. in d.l. quoties. num.7. & haec opinio in puncto iuris est verior, vt etiam dicit Rip. in l.1.num.18.ff. quor. legat. ratioque in promptu est, nam deliberatione per haeredem vniuersalem interim non facta, an haereditatem adire velit vel repudiare, non est haeres vniuersalis ille haeres particularis in re certa institutus per ius accrescendi, cùm tale ius à

futuro

futuro dependeat euentu, qui nihil in esse ponit, l. si quis sub conditione, ff. si quis omis. caus. testam. sed sic est, ergo nullo modo hoc remedium eidem competit, nam verba d. l. fin. ei non conueniunt, cum tantum in hærede scripto loquantur, cui remedium d. l. fin. competit, iste non est scriptus, nec per ius accrescendi fit, pendente adhuc deliberatione per hæredem vniuersalem fienda. ergo patet, quòd verba d. l. fin. ei nõ conueniunt, ergo nec eius dispositio. l. 4. §. totiens, ff. de dam. infecto, & quamuis dictus hæres in re certa institutus, non habeat interim à manu cuius capere possit, hoc nihil refert: nam & quoq; legatarius per hæredẽ hæreditate non adita, non habet à quo suum capiat legatum, & tamen ei non hoc competit beneficium. Zuchar. in l. fin. nu. 159. vers. fallit secundò, in fin. C. de edicto D. Hadr. toll.

Si quis autem † in re incerta hęreditaria institutus 182
sit, sed non in tota hæreditate, vt purà in tertia hęreditatis parte, tunc proculdubio beneficium d. l. fin. eidem competit. Cagno. in l. qui per successionem, num. 7. ff. de regul. iur. nam eo in casu verba d. l. fin. conueniunt, ibi. ex parte institutus: ergo & eius dispositio. d. §. toties.

Plerique quoque censuere, † quòd quando filius 183
sua in legitima institutus est, quòd tunc ipsi filio pro consequenda possessione legitimæ suæ beneficium d. l. fin. competit. Bald. in d. l. fin. num. 38. Ripa in l. 1. num. 16. & seq. ff. quor. bon. à qua opinione ego valdè dissentio: nam legitima est quota bonorum, & non hæreditatis pars, ex quo ære alieno deducto filio debetur. l. Papinianus. §. quarta. ff. de inoff. testam. secundùm crebriorem Doct. conclusionem, vt dicit Alex. in l. ita tamen. §. si patronus. num. 2. ff. ad Trebel. Iason in Auth. nouissima. num. 3. C. de inoff. testam. Ripa in l. 1. nu. 17. ff. quorum bonorum. Dominus meus Socin. iun. consi. 124. num. 10. lib. 2. neque in hunc filium in sua legitima institutum iura hæreditaria actiuè & pasiuè transeunt, quia illa (deducto ære alieno) filio debetur, d. §. quarta. in

ra. in hærede autẽ vniuersali, vel particulari in re incerta hæreditaria instituto, non sic est. Aret. in §. actionum autem. num. 99. Instit. de act. Dominus meus Soc. iun. conf. 107. num. 26. lib. 3. Crau. cons. 109. num. 7. & seq. sed sic est, ergo in legitima institutus non potest dici quod sit hæres scriptus. ergo beneficium d. l. fi. eidem filio non conceditur: nam hæredi tantum scripto in tota hæreditate, vel in incerta hæreditatis parte cõpetit, vt in d. l. fi. ibi, ex asse vel ex parte instituts. iste filius non est in tota, nec in parte institutus; cum legitima sit bonorum quota, & non hęreditatis pars. ergo ei hoc beneficium d. l. fin. non datur.

Præterea, si legitima (deducto ære alieno) debetur, dicto §. quarta. necessarium igitur est, quòd omnia bona deposita, & per testatorem tempore eius mortis detenta, deducantur, & si hoc fit. sequitur ergo, quòd verba d. l. fin. ei non conueniunt, cum hæredi vniuersali id remedium datur etiam pro bonis depositis detentisque per defunctum tempore eius mortis, d. l. fin. ergo & eius dispositio filio non competere debet. d. §. toties, & propterea ex his rationibus concludo, beneficium huius l. fin. filio pro consequenda eius legitima non competere. Alexan. in l. fin. num. 6. C. de edicto diui Adr. tollend. cuius opinionem simpliciter sequitur ibi Ias. num. 7. in fin. Deci. num. 24. propè finem. & Zuchard. ibi quoque post alios scribentes, num. 163. & seq. Bal. in l. incerti. nu. 12. C. de interd. Aret. in §. actionum autem. nu. 99. & ibi etiam Ias. nu. 216. & 227. Instit. de act. Crau. cons. 109. num. 5. ex quibus patet hanc esse receptissimam verioremque Doct. conclusionem, & in hoc id remedium ab hæreditatis petitione non differt, vt ex auctoritatibus Doct. præallegatis, perspicuè deprehenditur.

Et quo ad remedium istud, hæc quoq; opinio ex alia ratione comprobatur: nam legitima à causa intestati initium sumit, & ab ea regulatur. glo. est communiter approbata, in l. Papinianus. §. vnde quis, in verbo, Sextans. ff. de inoff. testam. dominus meus Soc. iun. con

si. 67.

si.67.num.67.num.61.& seq.lib.2.subdens ibi Soc.iun. quod hinc dicitur, legitimã tantum his qui ab intestato veniunt,deberi.

Et hac ratione,si pater certum quid filio relinquat, iubendo illi tali relicto contentum esse, non obstante hac prohibitione filius supplementum legitimæ suæ petere potest.§.cæterum.in auth.vt cum de appel.cognoscit,dominus meus Soc.iun.consi.25.num.10.lib.1.si contra igitur testatoris voluntatẽ filius legitimæ supplementum petere potest,& legitima ab intestato & à causa intestati initium sumit, & ab ea regulatur, & sic filius in legitima ab intestato quoque succedit, vt suprà dixi. meritò si filio in legitima instituto hoc beneficium d.l.fin.non competat, cùm succedẽti tantum ex testamento, & non ab intestato detur, vt suprà in prin.huius tractatus dixi.

Nec prædictæ opinioni obstat l.2.§.si quarta, ff.famil.hercis.per quem mouebatur Bal.in d. l.fin.in contrarium allegatus,nã dico, quod licèt ibi arrogato pro eius quarta actio sibi vtilis familiæ herciscundæ competat,non tamen propter id sequitur, quòd sit hæres, quia ibi in contrarium dicitur,videlicet,quod non est hæres,vt in d.text.expressè colligitur.ibi, neq; hæres. si ergo non est hæres,non principale verificatur requisitum.d.l.fin.videlicet,quod sit hæres scriptus,ergo d. §.si quarta,nihil conclusioni nostræ obstat.

Benè autem fateor,quod si filius in sua legitima institutus sit,hærede vniuersali non dato,vel dato, & illã repudiante, vel herede vniuersali defuncto testatore viuente,tota hereditas ipsi tunc filio in legitima instituto accrescit.d.§.si ex fundo.Ias.in auth nouissima. nu.13.in fi.C.de inof.testa.meritò si in eo casu remediũ d.l.fin.filio cõpetat, non ex eo tantùm, quòd in legitima institutus sit, sed quia ob ius accrescendi ille tanquã hæres vniuersalis institutus venit, vt suprà dixi, de hærede in re certa instituto.ergo remedium id filio in legitima instituto cõpetit,vt in prædicto art. latius dixi, quæ omnia ibi allegata ad hoc propositũ faciunt.

Quid

184 Quid si filius vniuersalis hæres † institutus sit, existente statuto, defuncti possessionem ipso iure in hęredem continuante, an illi beneficium huius l. fin. competat. tu declara hunc articulum, vt plenè in tractatu interdicti quorum bonorum dicam, ad quem locũ me reijcio, ne idem repetam.

185 Remediumque id quoq; substituto † expressè per vulgarem & pupillarem (verificata prius eius conditione) competit, l. 1. C. de edict. diui Hadr. tollen. & ibi Doct. gloss. est in d. l. fin. in verbo, ex parte, ibi à Doct. communiter recepta, quia substitutio est conditionalis institutio, l. 1. §. id quod ex substitutione, ff. ad leg. Falcid. Ias. in l. licèt Imperator. nu. 27. ff. de leg. 1. Corn. cons. 172. colum. 5. lib. 2. & sic est secunda institutio. gl. est in rubr. ff. de vulg. & pupil. subst. & ibi scribentes, Alexan. in l. 1. num. 3. & ibi etiam Ias. C. de edicto Diui Hadr. toll. Deci. in l. in testamento. la prima. num. 1. C. de testam. milit. & in l. precibus, num. 5. C. de impub. & alijs substit. & substituere nihil aliud est, quàm in eius locum alium hæredem surrogare, l. fin. C. de hæredib. institu. Curt. iun. consi. 73. num. 7. ergo adueniente casu substitutionis, tunc ille dicitur testatoris hæres. D. meus Cæphal. qui fuit præceptor & promotor meus honorandiss. in cons. 245. num. 53. si ergo substitutus in locum instituti in omnibus & per omnia cum omnibus suis qualitatibus conditionibusque surrogatur. Ias. in d. l. licèt Imperator, nu. 25. & primo hæredi hoc remedium competit, ergo & huic substituto loco primi hæredis surrogato. Bart. in l. fin. num. 10. C. de edict. diui Hadr. toll. vbi etiam Bald. num. 6. in fin. Angel. colum. 2. in princ. vers. ea glo. Alexan. num. 9. Ias. num. 12. Dec. num. 27. Curt. Iun. num. 50. & Zuchar. nu. 185. Aret. in §. quadrupli, num. 28. Institut. de act. Ias. in l. precib. num. 17. in fin. C. de impub. & alijs substit. Ripa in l. centurio, nu. 51. ff. de vulg. & pupil. substit. Corn. cons. 172. colum. 5. lib. 2. dummodò substitutus substitutionis casum euenisse probet, aliàs hac probatione non facta, substitutus succumberet, & eidem tunc remedium id non

non competeret. D. meus Soc. iun. consi. 97. num. 45. lib. 2. & alij commemorati patres omnes in locis præallegatis, vt suprà.

Quòd & quoque Aret. Deci. Curt. iun. & Zuchard. & Corn. in locis præallegatis affirmant, hanc opinionem in substituto tacitè (conditione adueniente) verificari, cui beneficium huius l. fin. competit, ab opinione quorum ego non dissentio: nam licèt ipse substitutus in testamento expressè & nominatim non reperiatur scriptus, prout requiritur, vt in possessionem immittatur. d. l. fin. ibi: ostenderit; tamen cum ex vi verborum testatoris deprehendatur, illum esse substitutum, satis in testamēto legi dicitur, secundùm tex. iuncta cum glo. ibi, in l. 1. ff. de his quæ in testam. delent. & scriptura tunc plus significat, quàm loquatur. Areti. in d. §. quadrupli. num. 28.

Et illa ratio, quæ in substituto viget expresso, viget & quoque in tacito, & tunc sumus in interpretatione intellectiua & comprehēsiua, quæ in esse dicitur, sicuti species inest generi. Zuchard. in d. l. fin. num. 190. versi. non obstat. Ripa in l. si constante, num. 63. & seq. ff. solut. matr. D. Riminald. iun. in princip. Instit. de donat. num. 272. & pluribus seq. & num. 610. & pluribus seq. Dec. cons. 227. num. 8. & cons. 372. num. 7. Paris. latè cons. 16. num. 25. & seq. lib. 3. D. meus Socin. iun. cons. 8. num. 10. lib. 2. & cons. 39. num. 49. & cons. 43. num. 47. libro 3. Berous quæst. suis famil. quæst. 45. num. 6. & seq. Cran. in tract. de antiq. tempor. in quarta part. num. 44. versic. sed contrarium. meritò si verificata eius conditione, ei quoque tacitè substituto remedium d. l. final. competat, prout dicitur de instituto, non in testamento nominato, de substituto, & similibus, quibus hoc remedium competit, licèt expressè hęredes in testamento non sint scripti, neque nominati. Corne. d. cons. 172. colum. 5. & vt aliàs in præcedentibus articulis plenè dixi, comprobauique, ad quos locos me reijcio, ne idē repetam.

Fideicommissarius autem, † nulla restitutione saltem 186

tem ei verbaliter facta, quę fieri potest. l. restituta. ff. ad Trebellian. nullum ius regulariter in bonis fideicommisso subiectis habet. l. 1. l. restituta. l. facta. ff. ad Trebel. §. restituta. Institut. de fideicommiss. hæred. & ibi scribentes. nam bona per fideicommissum sibi relicta ex hæredis manu capere debet. Zuchard. in d. l. fin. nume. 165. in fin. Decius cons. 243. num. 3. & cons. 438. num. 15. Paris. consi. 54. num. 3. & cons. 53. num. 103. & seq. lib. 3. D. meus Soc. iun. consi. 92. num. 6. & seq. lib. 1. aliàs si regulariter propria auctoritate possessionem apprehenderet, puniretur, & omni suo iure priuaretur, iuxtà l. non dubium. C. de legat. quę pœna quoque in fideicommissario sibi locum vendicat, Ripa in l. centurio, num. 52. ff. de vulg. & pupil. substitut. Plot. in l. si quando, num. 52. C. vnde vi. Dec. cons. 424. num. 17. in fin. & cons. 438. num. 15. in fin. Paris. cons. 53. num. 105. & consi. 54. num. 4. libro 3. meritò ex his concludo, hoc remedium fideicommissario regulariter non competere. l. fin. C. de codicil. & ibi Alex. post scribentes, num. 7. & etiam ibi Ias. num. 4. glo. est in l. fin. in verbo, ex parte. C. de edict. diui Hadr. toll. & ibi etiam Bartol. num. 10. Bald. num. 39. Salic. num. 6. Angel. colum. 1. in fin. & sequent, Alexan. num. 7. Ias. num. 8. Decius num. 24. in fin. & seq. Curt. iun. num. 34. & Zuchard. num. 165. Aret. in §. quadrupli, num. 28. Instit. de actio. Ias. in l. precibus. num. 17. in fin. C. de impub. & alijs substit. Ripa in l. cēturio. num. 51. ff. de vulgar. & pupil. substit. Guid. Papę quæst. 132. num. 9. Corn. consi. 172. colum. 5. circa medium, lib. 2. Paris. consi. 54. num. 5. & cons. 103. num. 103. & seq. lib. 3. Rube. cons. 64. num. 1. D. meus Soc. iun. consi. 92. num. 8. lib. 1. Durant. in tract. de art. testa. tit. 11. caute. 20. num. 5. in fin. Boer. decis. 156. num. 13. & ex quibus patet, hanc esse communem Doct. conclusionem, & ideo fideicommissarius valdè erraret, si ante restitutionem ab hærede sibi factam, remedium id intentaret. Boer. decis. 156. num. 13. & Doct. communiter præallegati, vt suprà.

Et quamuis disputatiuè loquendo modernus Corrigiensis

rigienſis in l.fin.nu.167.C.de edict. diui Hadr. toll. inducat l. fin. C. de codicil. contra dictam communem Doct.opinionem;arguendo hoc modo,quod d.l. fi. C. de codicil.dat illi poteſtatem, qui hanc petit immiſſionem,viam eligendi, per quam velit hanc immiſsionẽ fieri,videlicet, an tanquam hæres, vel fideicommiſſarius,ergò ille text. vult,quod tale remedium fideicommiſſario competat: nam ſi hoc remedium eidem non competeret,fruſtrà d.l.fin.dixiſſet, fuiſſe in electione illius qui peteret,vel vt hæredem, vel vt fideicõmiſſarium petere.cum ergo in eius electione ſit, ergo fideicommiſſario hoc remedium competit.

Et non poſſumus dicere,quod d.l.fin.C.de codicil. de fideicommiſſario loquatur, cui reſtitutio verbaliter facta ſit:nam hæc erit mera diuinatio;cum ille textus præſupponat, nullam eidem reſtitutionem fuiſſe factam,aliàs in ſua electione non erit, ſi iam fideicommiſſi reſtitutio verbaliter emanata fuiſſet: quoniã declarauiſſet, ſe nolle hæredẽ eſſe. cum in eius igitur electiõe ſit,vt pręſupponit ibi ille tex. ergo reſtitutio iam nõ erat facta.Ergo tex.in d.l.fi.C.de codicil.ita inductus, de directo contra communem Dd. opinionem probat, ergo communis non videtur vera.

Et præſertim cum remedium id ſit fauorabile,vt ſupra ſæpè tetigi, ergo ad fideicommiſſarium extẽditur; qui ſub lata verborum ſignificatione hæres dicitur, l. hæredis appellatione.la ſecunda,ff.de verb.ſign. cumque etiam in materia correctoria licita eſt extenſio ad caſum, qui ſub larga vocabuli ſignificationè comprehenditur,ſecundùm communem Dd.opinionem, Zuchar.in l.fin.nu.304.C.de edic.D.Hadr.toll.Iaſ.in auth. quas actiones,nu.24.C.de ſacroſ.eccle.Crau.conſi.173. num.11.etiamſi eſſemus in materia odioſa. Crau. conſi. 155. num. 8. ergo remedium id ad fideicommiſſarium extenditur,& eidem competit, cum hic ſimus in materia fauorabili,& limitatoria.Zuchard.in d.l.fin.nu.55. verſic.nec obſtat ſi dicatur. meritò ſi de ſtricto caſu ad largum fit extenſio. Deci. in l. qui ſe patris, nume.26.

poſt

post Iason.ibi,C.vnde liber.Ripa in l.si constante, nu. 78.& sequen.ff.solut.matr. Zuchar.in d.l.fin.num.348. prope fin.

Et hoc non est absonum, vt prius possessor efficiatur,quamuis nullum ius in bonis habeat. vt per Zuch. in l.fin.num.169.C.de edict.Diui Hadr.tollen.tandem Zuchard.ibi,nu.166.dicit,quòd præmissis non obstantibus,à communi Doct.opinione in iudicando, & consulendo non est recedendum,non propter id ad cōtraria respondet, vt ibi perspicuè patet, & ibi num. 169. dicit,cogita.

Ego autem arbitror vlla absque difficultate communem verissimam esse, non obstantibus per Zuchar. ibi adductis: & profectò si considerare velimus l.fin. C.de codicil.proculdubio probat, communem Dd. opinionem de iure verissimam esse,neque ille tex.contra communem retorqueri potest,inducendo l.fin. C. de codicil. hoc modo,& dico,quòd d. l. fin. in princip. dicit, quòd si quis agere ex testamento de hæreditate voluerit,ad fideicommissi persecutionem aspirare cupiens, minimè permittatur, & ibi ille text.rationem reddit, quia actiones sunt diuersæ ad petendum directè hæreditatem,vel fideicommissum, eligendoque vnam viam,aliam sibi præclusisse censetur,vt ex illo textu perspicuè colligitur,ibi:sciens se vnius electione alterius sibi aditum præclusisse: si ergo ad petendū hæreditatem directè, vel per fideicommissum per remedia penitus contraria procedatur, sequitur vtiq; necessariò ex illo text.remedium l.fin. C.de edict.D.Hadr. tol.non huic fideicommissario competere,sed hæredi vniuersali tantum.ergo ille tex.pro communi, & non contra communem probat.

Et quando l.fin.C.de codicil. dicit, si petierit se in possessionem immitti,id est,secundùm l.fin.C.de edicto D.Hadr. tol. tunc propositum suæ intentionis explanat,cur velit,quòd suę intentionis propositum declarat,si remedium l.fin.C.de edict.D.Hadr. tol. fideicommissario competat, equidem autem per vias con-

trarias

trarias hęres directus, & fideicommissarius agunt. meritò si actor tunc propositum suę intentionis explanare deber, quasi sensus illius literæ sit, videlicet, & si petierit se in possessionem immitti, debet prius & statim suam declarare intentionem. nam si tanquam hæres in possessionem petierit se immitti, cui tale remedium adipiscēdę competit, ad huiusmodi remedium admitteretur, quasi sentit text. ibi, quod si tanquam fideicōmissarius petierit in possessionem immitti, non immitteretur: cum fideicommissarius fideicommissum ex manibus hæredis capere debeat. d.l. restituta. d.l. facta. & vt suprà tetigi. & hac ratione text. in l. fin. C. de codicil. vult, vt declarationem suæ intentionis facere debeat, cum diuersa remedia hæredi & fideicommissario competant.

Ex his igitur patet, hanc consequentiam non valere: est in illius electione, ergo remedium ei competit. nam l. fin. C. de codicil. hoc non dicit, imò totum contrarium apertè vult: cum in principio dicit, quòd qui agere de hæreditate voluerit, ad fideicommissum aspirare minimè permittatur: cum facta electione vnius viæ, altera tanquam sibi incompatibilis denegatur: vt in illo text. expressè legitur; nam si remedia non incompatibilia & cōtraria essent, per electionem vnius remedij aliud non tolleretur. Cagnol. in l. vinum, nu. 33. ff. si cert. pet. & in l. vbi repugnantia. col. pen. versic. tertiò limit. ff. de reg. iur. D. meus Socin. iun. consi. 105. nu. 30. lib. 2. si in nostro igitur articulo per electionem vnius remedij aliud sibi præcluditur. l. fin. C. de codicil. & quod per remedia contraria hęres directus & fideicommissarius procedunt, & quod vni competit, alteri denegatur. sequitur necessariò, quòd si fideicommissarius peteret se in possessionem immitti, iuxtà l. fin. C. de edict. D. Hadr. tol. hoc sibi nō permitteretur, & l. fin. C. de codicil. expressè in contrarium dicit, vt suprà demonstraui. igitur, &c.

Et sensus literæ l. fin. C. de codicil. ita suadet, vt contrarietas remoueatur, quæ equidem maxima erit,

si permitteret hæredem & fideicommissarium in possessionem immitti, & quod in principio d.l. fin. velit, quod per electionẽ vnius remedij aliud tollatur. quare igitur, vt hæc contrarietas remoueatur, quæ omninò distinctione est remouẽda, si id commodè fieri possit, Dec. in l. & quæ à Diuo. nu. 1. & seq. C. de edé. Cagn. in l. vbi repugnantia. num. 4. ff. de reg. iur. D. meus Soc. iun. consi. 119. num. 21. lib. 1. & cons. 134. num. 96. libr. 3. cum legislator non possit simul repugnantiam in esse producere. Cagn. in d.l. vbi repugnantia, nu. 3. sequitur ergo, quòd si vnum remedium fideicommissario (tanquam fideicommissario venienti) competat, quod aliud sibi denegatur, nisi ad hæreditatem eligeret venire non vt fideicommissarius, sed vt hæres, cui tunc competit remedium l. fin. C. de edict. D. Hadr. tol. & ita euacuatur argumentum Zuchard. circa l. fin. C. de codicil. in contrarium adductum.

Vel & dato, sine veritatis præiudicio, quòd l. fi. C. de codicil. fideicommissario permittat hoc remedium competere (quod non admitto per prędicta) tamen adhuc dicerem d. text. ibi esse intelligendum, si fideicommissi restitutio ab hærede verbaliter fideicommissario facta sit, antequam electio petendi fideicõmissum fiat, nam tunc eo in casu fideicommissarius petere poterit se in possessionem immitti, iuxta l. fin. C. de edic. D. Hadr. tol. & hæc expositiò ibi in l. fin. C. de codicil. à Dd. communiter recipitur, vt post scribentes ibi tradit Alex. num. 7. & etiam Ias. num. 4. Ripa in l. centurio num. 51. ff. de vulg. & pup. subst.

Et hæc interpretatio suadetur; nam per huiusmodi intellectum res ad ius antiquum reducitur, ex eo, quia iura sunt apertissima, quòd fideicommissarius fideicõmissum ex hæredis manibus capiat. d.l. restituta. d.l. facta. d. §. restituta. & iura actiuè & passiuè in fideicommissarium non transeunt. nulla sibi restitutione facta, iuribus præallegatis. quòd in hærede vniuersali non sic est, in quem iura actiuè & passiuè transeunt. Aret. in §. actionum autem. num. 99. Inst. de act. Alexã. consi.

98. nu.

98.num.10.lib.2.sed sic est, meritò si fideicommissario hoc remedium (non facta sibi restitutione saltem verbaliter) non competat, & si d.l.fin. C.de codicil. velit vt competat, necesse est, quòd præsupponat, restitutionem fideicommissi saltem verbaliter fideicommissario factam fuisse, & quia hæc interpretatio est fauorabilis, ideo admittitur. Gram.decis.92.num.15.dominus meus Socin.iun.cons.168.num.65.lib.2. aliàs si alio modo intelligeretur, maxima quippè oriretur inter has leges contrarietas, videlicet, quòd iura antiqua velint fideicommissarium non posse suum fideicommissum consequi, nec in eo iuris quicquam habere regulariter, nisi ex hæredis manibus capiat, vel restitutio saltẽ verbaliter fideicommissario facta sit, & quòd l. fin.C. de codicil. velit illum posse petere se in possessionem immitti: quare vt hæc contrarietas euitetur, quæ omninò est euitanda, vt per scribentes in auth. quas actiones, C.de sacros.eccles. D.meus Soc.iun.cons.132.num. 27.lib.1.si distinctione fieri possit. Cagn.in l.vbi repugnantia.nu.4. ff. de regu.iur.necessariò cogimur fateri restitutionem verbaliter ab hærede in dicto casu l.fin. C.de codicil.fideicommissario fuisse prius factam, aliàs remedium l.fin.C.de edict. D.Hadr. tollen. ei non competeret.

Et hæc interpretatio † ex alia ratione fortificatur, 187
nam & quoque in correctorijs extensio fit, quando per talem extensionem res ad ius antiquum reducitur. Ripa in l si constante, num.6. ff. solut.matr. Grammat. decis.92.num.15.Crauet.consi.140.num.9. & consi. 173. num.9. ergo ad huiusmodi intellectum est deueniendum, cum per illud res ad ius antiquum reducatur: & sic l.fin. est intelligenda, quod fideicommissario saltem prius verbaliter restitutio facta sit, aliàs remediũ l.fin. C.de edict. diui Hadr. tollend. nunquam eidem competeret.

Et hoc quoq; suadente, nam non est nouum, quòd lex noua per antiquam declaratur. l. non est nouum, cum duabus legibus seq.ff.de leg. Ioan.de Amr.consi.11.

num.27.& lex generaliter loquens per aliam distinguitur.d.l.non est nouum,c.cũ dilectus.de consuet.Paris. consſ.68.num.81.lib.4.Ioan.de Ami.consſ. 11.num.20. & 23.dominus meus Soci.iun.consi.119.num.20.& seq.& consi.131.num.36.lib.1.& consi.142.num.9.lib. 2. & lex addens secundùm terminos legis additæ intelligitur. Mazzol.Regiens.inter consi.domini mei Soc.iun.consi.144.num.55.lib.3.& lex aliam legem interpretans secundùm legis naturam interpretatæ intelligitur. Paris.consi.69.nu.34.lib.3. & ad habiles terminos minusque alijs nociuos restringitur. Paris. consi. 9. num. 54. lib.2.dominus meus Socin.iun.consi.119.num.20.lib.1. imò ius nouum generaliter loquens recipit interpretationem,vt minus ius antiquum corrigat quàm possibile sit.Ripa in l.nemo potest,num.52.in fin.ff.de leg.1. Ioan.de Amic.consi.11. num. 23. sed sic est, lex antiqua vult,quòd fideicommissarius fideicommissum ex hæredis manibus capiat, & id est minus hæredi præiudiciale,ex quo suam detrahere possit quartam.d.l.restituta. d. l. facta. & re vel verbo ab hærede capere dicitur,iuribus præallegatis.ergo l.fin.C.de codicil.ita est intelligenda,quòd restitutio fideicommissi prius verbaliter ab hærede sit facta, antequam electionẽ faciat.

Et hęc interpretatio quoq; erit,secundùm ius antiquum,iuxta quod ius nouum est intelligẽdum:& hoc modo ius antiquum non est correctum,ergo hic intellectus l.fin.C.de codicil.ita est tenendus, & hoc in casu remedium l.fin.C.de edict.D.Hadr.toll. huic fideicommissario competeret, prout omnes scribentes in l.fin.C.de codicil.ita ibi intelligunt.

Hæcque interpretatio ita ex alia ratione corroboratur:nam in iure est compertum, quòd vt priores leges per posteriores tollantur,necesse est, quòd constaret legislatorem iura antiqua tollerẽ voluisse. Ioã. de Amic.consi.11.num.26.constaretque, si priori expressè legi derogasset.prout de iure requiritur.glo.est,quam ibi Bart. & Doct.communiter sequuntur,in l.decurionibus,C.de silentiar.lib.12.Ripa in l. nemo potest. nu-

me.52.in fin.ff.de leg.1.dominus meus Socin. iun. consi.131.num.28.& 45.lib.1.sed sic est in casu l.fin.C.de codicil.non constat Imperatorem iuribus antiquis derogare voluisse: nam hoc ibi non legitur, neque derogatio subauditur; cum regula sit, quòd per interpretationem subauditosque intellectus legum correctio non inducitur. gloss. est communiter recepta in c. cupientes, §.quod si per viginti.de elect.in sexto.Berous quęst.suis famil.quæst.119.num.5.in fin.etiam ex rationis maioritate secundùm crebriorem veriorem que Doct.opinionem regulamque, vt tradit Ias. in authen. quas actiones, num.21. C. de sacrosanct. eccles.Ripa in l.si constante.num.58.& sequ. ff. solut.matr.& in l.nemo potest.num.49.in fin.ff.de legat.1. Grammat.decis. 92.num.14.& seq.Dominus meus Socin.iun. consi. 131. num.50. lib. 1. ergo hoc in casu iura antiqua remanent incorrecta, per quę sancitur, fideicommissarium fideicommissum ex manibus hæredis capi debere. iuribus præallegatis; ergo ante restitutionem nullum ius habet, sed post restitutionem iura actiuè & passiuè in illum transeunt.l.1.ff.ad Trebel.meritò l.fin. C.de codicil.est intelligenda, quòd restitutio verbaliter saltem ab hærede eidem facta sit, antequam ius petendi fideicommissum eligat.

Et ita intellecta tollitur illud, quod dicit Zuchar. in l.fin.C.de edicto Diui Hadr.tollend.in contrarium allegatus, vbi inducit l.fin.C.de codicil.vbi vult d.l.fi. præsupponere, antè restitutionem factam in electione fideicommissarij esse, eligere viam, per quam fideicommissum ipse petat & consequatur, & cum ita esset, ergo remedium l. fin. C.de edicto diui Hadr. tollen. ei conceditur, cui argumento ego satis perspicuè respódi, vt supra.

Et si l.fin. C.de codicil. velit, quòd fideicommissario hoc remedium competat, necesse est, quod in terminis habilibus loquatur. D.Riminald.iun.in §.1. nu. 50. Institu.per quas personas nob. acquir.iuriq; antiquo, quàm sit possibile, derogetur, & ita intelligitur d.l.fi.

C.de codicil.vt suprà tetigi.si igitur ita sit,sequitur ergo de iure l.fin.C.de codicil.esse intelligendam, quòd in facultate fideicommissarij sit eligere viam,qua fidei commissum petere & consequi velit, facta eidem prius restitutione,ante electionem fiẽdam,quia ita intellecta d.l.fin.loqueretur in terminis habilibus, & minus iuri antiquo derogaretur,ergo d.l.fin.ita est intelligenda.Dd.communiter præallegati vt suprà.

288 Nec obstat dicere,† quòd hęredis appellatione largo modo fideicommissarius comprehendatur,l.hæredis appellatione.la 2.ff.de verb.sign. qui est hæres primi testatoris,cui per fideicommissum succedit.l.cohæredi.§ cum filiæ,ff.de vulg.& pup.substit. Paris.consi. 53.num.89.lib.3. Dominus meus Cæphal.consi.245.nume.53.& hac ratione, quando lex de hærede loquitur in fideicommissario quoque sibi locum vendicat. Ias. in l.1.§.de illo.num.1. ff. ad Trebellian. & sicuti hæres ius deliberandi ad hæredes transmittit. l.cum in antiquioribus.C.de iure deliber. ita & fideicommissarius vniuersalis.Ias.in d.§.de illo.num.4. Zuchard.in l.fin. num.167.vers.secundò pro opinione mea. C.de edicto diui Hadr.toll. & non solùm fideicommissarius moriens post aditam hæreditatem,sed & ante fideicommissi restitutionem illud ad hæredes transmittit, secũdum receptissimam Doct.opinionem,vt per Ripam in l.cum filiofam.num.73.ff.de leg.1.verum & quoque ante hæreditatem aditam, secundùm crebriorem Doct. opinionem,vt per Rip. in d.l.cum filiofam. nu.76.sed sic est,in materia etiam odiosa & correctoria licita est ad casum extensio, qui sub lata verborũ significatione venit.Crau.consi. 155. num. 8. & vt in contrarijs adduxi;à fortiori ergo hoc in casu, vbi materia est fauorabilis.Alc.in d.l.hæredis appellatione.la 2.ergo hoc remedium ad fideicommissarium extenditur, & successiuè eidem competit.

Sed ego huic breuiter argumento respondeo,& dico quòd hæredis appellatione fideicommissarius sub lata verborum significatione comprehenditur:hæc autem

tem opinio procedit, quando fideicommissi restitutio eidem verbaliter facta sit, vel quando fideicommissarius sit in casibus, in quibus iura ipso iure in eum trãseunt, de quibus per glo. magistralem in l. penul. §. cum autem, in verbo, ipso iure, C. ad Treb. & ibi scribentes. Ias. in l. 1. §. sed & quoties. num. 2. & seq. & ibi Alexan. & Ripa, ff. ad Trebel. Ias. in l. 1. §. de illo. num. 11. & pluribus seq. & ibi post eum Ripa, ff. ad Trebel. & tunc cēseo quòd istis in casibus hæredi sit similis. l. si filius. ff. quod cum eo. & ibi Bart. & Bald. ita quoque idem affirmat Bald. in l. fin. num. 39. & Zuchard. num. 177. versic. confirmo. C. de edicto diui Hadr. tollē. ratioque est in promptu, quoniam in prædictis casibus iura actiuè passiuèque in fideicommissarium transeunt. l. restituta. l. facta. ff. ad Treb. prout est in hærede, in quem iura hæreditaria transeunt hæreditate adita. l. cum hæredes, ff. de acquir. possess. si hæredi igitur tunc similis sit, hæredi autem hoc beneficium competit, ergo & huic fideicommissario. Bart. in l. fin. num. 9. C. de edict. diui Hadr. tol. & ibi etiam Zuchard. num. 174. 183. & 374. Ripa in l. centurio. num. 51. ff. de vulg. & pup. substit. Alexan. cons. 4. num. 16. in fin. & seq. libr. 2. Ruin. cons. 28. num. 2. & seq. lib. 5. Durant. in tract. de art. testa. titu. 11. caut. 20. num. 5. in fin. Guid. Papæ quæst. 132. num. 9. & Doct. communiter in locis in princip. huius articuli præallegatis, & vt infra dicam in materia legitimi contradictoris, in vers. fideicommissarius. vbi plenè hunc articulum tractabo: quam conclusionem puto esse veram, si fideicommissarius liquidaret, se esse in casu in quo iura fideicommissi ipso iure in eum trāseunt, vel quòd fideicommissi restitutio saltē verbaliter ab hærede sit facta, quam liquidationem simul in eodē processu facere potest. Zuchar. in l. fin. num. 176. C. de edic. diui Hadr. toll.

Et hæc quoq; † opinio tunc ampliatur, & procedit 189 non tantùm quando fideicōmissum in testamento sibi relictum sit, verum etiam in codicillo, licèt plerique in contrarium tenuerint, prout Angel. in l. fin. col. 2. in

princ. C. de edict. diui Hadr. tol. glo. est in l. fin. in verbo, ex more. C. de codicil. & ibi etiam Ange. col. fin. in princ. & Salic. ibi etiam num. 10. & Iaſ. nu. 16. & præſertim quando codicillus in teſtamento non ſit confirmatus: ſecùs verò erit, ſi in teſtamēto confirmaretur, quæ diſtinctio valdè applaudet Curt. iun. in l. fin. nu. 87. C. de edict. D. Hadr. toll.

Sed ego ab iſta diſtinctione multum diſſentio, & dico ſufficere fideicommiſſum indiſtinctè fideicommiſſario in codicillo eſſe relictum, & hac ratione moueor, quia teſtamēti appellatione codicillus largo modo venit, ſecundùm glo. communiter receptam in l. 2. in verbo, perſonales. C. com. de legat. & exhibendo codicillum, per quem conſtat fideicommiſſum ſibi fuiſſe relictum, probare cenſetur per ſcripturam vltimę voluntatis ſe eſſe fideicommiſſarium, quæ voluntas tanquam notoria executionē habet. iuxtà d. l. fi. C. de edi. diui Hadr. tol.

Et præſertim, quia id remedium eſt fauorabile, vt ſæpè ſupra dixi, meritò ſi ad fideicommiſſum in codicillo relictum extendatur. Bald. in l. fin. nu. 39. in fin. & ſeq. C. de edict. diui Hadr. toll. & ibi etiam Alex. nu. 7. Dec. nu. 26. & Zuchar. num. 173. Rub. conſ. 64. vbi liquidò patet, hanc eſſe communem verioremq́; Doct. opinionem, à qua in iudicando & conſulendo non eſt recedendum, non obſtante quicquid dixerint Ang. & ſui ſequaces in contrarium præallegati.

Neque principali meæ concluſioni præcedenti & propoſitæ hæc conſequentia obſtat, & non valet: fideicommiſſarius vniuerſalis ius ſuum ad hæredes tranſmittit, nulla ſibi etiam reſtitutione facta, ergo remedium id eidem conceditur: nam profectò ſi hæc valeret conſequentia, ſequeretur quòd hæredi ab inteſtato, qui ius tranſmittendi habet, iuxtà l. cũ in antiquiorib. & ibi per ſcribentes. C. de iur. delib. hoc remediũ permitteretur, & tamen minimè eidem conceditur, vt in princip. huius tractatus dixi, ergo nec ad hunc fideicommiſſarium diſpoſitio l. fin. C. de edict. D. Hadr. tol. exten-

extenditur.Crau.consf.173.num.10.

Neque prædictæ opinioni obstat dicere, quòd hæres hoc in remedio possessorio prius possessor sit quá hæres, & priusquàm iura hæreditaria habeat: nam si falsi quæstio ante aditionem hæredi mota sit, ob prædictam falsi dubitationem propositam hæres hæreditatem adire non poterit.l.cùm falsum.ff.de acq.hæred. & tamen hæc exceptio falsi proposita in hoc possessorio reijcitur, neque hæredi impedit immissionem fieri.iuxta l.fi.C.de edict. diui Hadr.toll. si testamentum per eum non abolitum, neque in sua substantiali parte cancellatum exhibeatur.iuxta d.l.fi.tex.est in l.2.& ibi Alex.nu.4.& Ias.nu.3.C.de edicto D.Hadr.toll. ita ergo & de fideicommissario dici debet, quod licèt iura fideicommissi ante restitutionem non habeat, propter id non impeditur tanquàm hæres in possessionem immitti.ita contra communem arguit Zuchar. in l.fi. nu. 169.C.de edicto.D.Hadr.tol.

Ego autem huic argumento respondeo, & dico quod regulariter, vt hæredi hoc beneficium l.fin.C.de edicto D.Hadr.tol competat, necesse est, hæreditatem adiuerit, quæ solo animo tacitè declarato fit, petendo se in bonorum possessionem immitti. Zuchard.in d.l. fi.num.169.versi. & ex his. & vt aliàs suprà plenè tetigi.ergo quando opponitur, testamentum esse falsum, & hæres non obstante dicta exceptione proposita in possessionem immittitur, iste casus est specialissimus, cùm in contrarium sit regula, vt legitur in d.l.2.& non ita specialiter sancitur in fideicommissario immò totum contrarium in legibus reperitur constitutum, videlicet quòd fideicommissarius fideicommissum consequi non possit, neque illud regulariter apprehendere, nisi ex hæredis manibus capiat, aliàs in pœnam l. non dubium C.de legi.incideret, quæ lex vendicat etiam locum in fideicommissario, vt suprà dixi, meritò non est licitum de casu speciali hæredis expresso arguere, ad casum fideicommissarij non specialem expressum, cùm de vno casu speciali concesso, ad alium

non expressè concessum non arguatur. l. ius singulare. ff. de legi. glo. est in l. à diuo Pio. in prin. ff. de re iud. Iaris. cons. 2. num. 68. libr. 4. D. Rim. Iun. in §. item vobis num. 82. Insti. per quas perso. nob. acquir. & ius singulare ad consequentias non trahitur: quia de iure minimè permittitur. l. quod verò. ff. de legi. & propterea ex his concludo, non esse licitum arguere de casu specialissimo hæredis expresso, ad casum fideicommissarij non expressum, subsistentibus legibus in contrarium, volentibus fideicommissarium non posse regulariter fideicommissum consequi, nisi ex hæredis manibus capiat, meritò si quoq; id remedium regulariter eidem non competat.

Et hæc opinio ex alia ratione fortificatur, nã quando lex alicuius fauore prohibitiua sit, & alia deinde permissiua reperiatur, quæ generaliter loquatur: illa prohibitiua in concursu illarum in casu particulari præualet. l. si Ruffinus. §. 1. de milit. testa. & ibi Ias. nu. 1. Dominus Soc. Iun. cons. 131. num. 51. lib. 1. sed sic est, lex regulariter fideicommissario prohibet ne fideicommissum apprehendat, nisi ex manibus hæredis capiat, aliàs in pœnam l. non dubium. C. de legi. incideret. at l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll. generaliter loquitur, videlicet hæredem in testamento vniuersalem scriptum in possessionem esse immittendum: & quamuis ad fideicommissarium extendatur, intelligitur tamen restitutione fideicommissi prius saltem verbaliter sibi facta, quia tunc tantùm hæredi est similis vt suprà dixi: ergo ad fideicõmissarium nulla sibi restitutione facta non extenditur, nisi sit in illis casibus, in quibus iura in fideicommissarium ipso iure transeunt. ergo in cæteris casibus in concursu huius l. fi. generaliter loquẽtis lex circa hanc fideicommissarium prohibitiua remanet, quæ in hoc attẽditur & præualet d. §. 1. & Doct. præallegati et supra.

Et alia quoque ratione accedente: nam lex includit prædictos casus tantùm, in quibus fideicommissario beneficium huius l. fin. competit: ergo in alijs casibus cense-

censetur exclusus: cùm inclusio vnius sit alterius exclusio. l. cùm prætor. ff. de iudi. & vltra dictos casus fideicommissarius propriè & impropriè institutus & substitutus non censetur. Dominus meus Soc. Iunior cons. 34. num. 16. lib. 3. meritò si hoc beneficium l. fin. fideicommissario non competat: & ita defenditur hæc opinio à morsibus Zuchard. in contrarium allegati in d. l. fi. & quamuis Zuchard. ipse in d. l. fi. nu. 166. dicat, à prædicta communi in iudicando & consulendo nõ esse recedendum, & in hoc benè loquatur: tamen ibi nu. 169. reliquit cogitandum, quòd equidem non ita effecisset, si non de hac communi dubitasset, quod minimè hæsitandum est, vt perspicuè ex præallegatis per me perpenditur, igitur, &c.

Si verò fideicommissario fideicommissi restitutio iam realiter & effectualiter sit facta, proculdubio eo in casu arbitror. fideicommissario beneficium huius l. fi. C. de edicto D. Hadr. tollen. non competere: motus sum hac ratiõe: nam si fideicommissarius possessor sit constitutus, frustrà peti se in possessionem immitti, cùm illam habeat. benè autem hoc remedium eidẽ daretur ad confirmandum illum in sua possessione. Bart. in l. fi. nu. 9 C. de edicto D. Hadr. toll. & ibi etiam Sali. nu. 6. Ias. nu. 11. Alex. nu. 31. Deci. nu. 26. & Zuchard. nu. 178. Guid. Pap. q. 132. num. 4. Ruin. cons. 28. num. 1. lib. 5. Paris. cons. 60. nu. 2. lib. 3. Dominus meus Soc. Iun. cõs. 97. nu. 47. lib. 2. 190

Hocque remedium illi etiam non competit, qui à possessione cecidit. §. adipiscendæ. vers. si itaque. Inst. de interd. Ias. in §. actionum. nu. 239. Insti. de act. & in l. fi. nu. 8. & seq. C. de edicto D. Hadr. toll. & ibi etiã Dec. num. 24. & Zuchard. nu. 177. & seq. Pract. Pap. in form. libel. quo pet. hæred. ex testam. in glo. ac etiam nu. 1. & vt dicam plenè in subsequenti tractatu, ad quem locũ me remitto. 191

Immò hac ratione plerique censuêre, quòd si hæres possessionem adeptus sit, & verbaliter tantùm fideicommissario fideicommissum restituit, quod tunc

dicto

dicto fideicommissario beneficium huius l.fina. non competat, & ipsi hoc vnico mouentur fundamento: nã hęres postquã possessioné adeptus est, iura ampliùs hæreditaria non dicuntur, sed ipsius tantùm, & illius patrimonium fiunt. Rip. in l. filiusfam. §. Diui. num. 56. ff. de legat. 1. Deci. consi. 281. num. 5. versi. & hoc confirmatur. & consi. 655. num. 14. Paris. cons. 20. num. 1. lib. 1. Rub. consi. 150. nu. 1. sed sic est, sequitur necessariò hoc in casu fideicommissarium non posse petere, se in possessionem immitti: cum illa bona non sunt testatoris hæreditaria, sed ipsius hæredis effecta sunt, postquam hæreditatem adiuit: meritò, si hoc beneficium fideicommissario denegatur, cùm non entis nullæ sint qualitates. l. eius qui. ff. si cert. peta.

Verùm his & similibus, quæ in contrarium adduci possunt, non obstantibus, puto opinionem contrariam de iure esse veriorem, non obstante, quòd hæres fideicommissum fideicommissario restituerit, & hæreditatem adiuerit. Ias. in §. actionum autem. num. 339. Inst. de act. & vt satis plenè dicam in subsequẽti tract. ad quem locum me reijcio, ne idem repetam.

Et ad ea, quæ in contrarijs adducuntur, dupliciter respondeo. Primò, vt suprà aliàs dixi in illo articulo, vbi disputaui, an remedium hoc non tantùm hæredi hæredis ex testamento primo hæredi succedenti competat, verùm & quoque ipsi hæredi primo hæredi succedenti, ad quem locum me reijcio.

Vel secundò respondeo & dico, quòd allegata in argumento contrario vt suprà, procedunt, quando hæres vniuersalis simpliciter institutus sit: quia tunc si hæreditatem adiuerit, possessionémque bonorum hæreditariorũ apprehenderit, hæreditas testatoris proprium patrimonium illius fit: meritò si remedium huius l. fina. hæredi hæredis, ex persona primi hæredis prouenienti, non competit: secùs ergo est, quando grauatus sit bona hæreditaria tali fideicommissario restituere: quia tunc per hæredis aditionem illius patrimonium non fit, sed nomen hæreditatis testatoris obtinet:

tinet: meritò, si fideicommissario, cui verbaliter fideicommissi restitutio ab hærede sit facta, hoc remedium d.l.fin. competat: ita ad contraria respondet Alex. in l. fin. num. 8. C. de edicto Diui Hadria. toll. & ibi etiam Ias. nu. 11. Curt. Iun. num. 44. & Zuchar. nu. 177. D. meus Socin. Iun. consi. 113. nu. 33. lib. 1. & iste distinctionis casus mihi placet, sed à primo casu ipsius distinctionis valdè dissentio: vt expressè declaraui in illo articulo paulò antè allegato.

Et quoad conclusionem articuli hic principaliter tacti, hæc opinio fortificatur ex alio: nam sicuti hoc remediũ pupillari substituto competit, quamuis primus hæres hæreditatem adiuerit, & effectus sit hæres, secundùm crebriorẽ Doct. conclusionem, vt per Scribentes in l. fin. C. de edicto D. Hadr. toll. & vt suprà dixi. ita ex rationis idẽtitate huic fideicommissario hoc beneficium competit: quod argumentum ab identitate rationis in iure est validum. l. à Titio. ff. de verbo. obl. l. illud. ff. ad l. Aquil. cum sim.

Benè autem fateor, quòd fideicommissarius probare tenetur, casum fideicommissi euenisse, & restitutionem verbaliter tantum sibi factam fuisse, vel se esse in casibus, in quibus iura ipso iure transeunt, aliàs non liquidatione hac facta succumberet. Zuchar. post Scribentes, ibi, in d. l. fi. num. 174. Corn. cons. 172. col. 5. lib. 2. dominus meus Soc. Iun. cons. 97. nu. 45. lib. 2. & vt aliàs suprà tetigi, & in hac liquidatione summariè proceditur, illis citatis qui lædi possunt. Zuchard. in d. l. fin. nu. 175. & quomodo hæc liquidatio fiat. vide Zuchard. in d. l. fi. nũ. 176.

Et quia hic de † substituto & fideicommissario dixi, in quorum materia nõ omittam tangere vnam quæstionem pulchram practicabilemque à Doctoribus & diuersimodè satisque confusè varijs in locis pertractatam, quæ est talis, vt infrà, videlicet Sempronius testator in vltimo suo testamento filiabus suis certam dotem iure legati & institutionis reliquit, filiosque suos hæredes masculos vniuersales instituit, cum hoc 192

onere,

onere, quòd vno sine filijs masculis decedente, alios eidem superstites substituit: & omnibus sine filijs decedentibus, eidem substituit Gaium & fratres suos ex vno ipsius testatoris fratre natos: quibus alienationẽ prohibuit quocumque modo fieri. & hoc fecit: quia omninò voluit, vt omnia eius bona hæreditaria in ipsius testatoris familia domoque remaneant: mortuo testatore ipsi omnes filij masculi (seruatis de iure seruandis) hæreditatem paternam adiuerunt, sineque filijs decesserunt, excepto vno illorum, qui alijs fratribus suis fuit substitutus, & in tota illorum hæreditate successit: deinde contigit, quòd iste vltimus decessit relictis post se filijs masculis viuis, qui deinde omnes filij nati ex isto filio ipsius testatoris, sine filijs ex hac vita migrauerunt: quæritur his stantibus, an dictum fideicommissum ob alienationis prohibitionem cum adiectione verborum præallegatorum in casu figurato ad filios filiorum extẽdatur, ita quòd filij filiorum sine filijs defuncti, Gaius & eius fratres ad fideicommissum vocẽtur, vel potius extinctũ dicatur, ob mortem vltimi filij testatoris, qui cum filijs masculis viuis decessit.

193 Et primo aspectu videbatur dicendum fideicommissum in vltimi filij testatoris persona expirasse, qui masculis filijs existentibus decessit: licèt postea filij ipsius filij sine filijs decesserint. tamen propter id substitutio, quæ ob filiorum existentiam euanuit, non reuiuiscit Oldr. cons. 21. nu. 1. Soc. cons. 62. nu. 11. libr. 3. Dec. cons. 287. num. 7. circa medium. & cons. 384. num. 6. versic. nec obstat. & consil. 636. num. 4. Ruin. cons. 105. lib. 2. & cons. 111. num. 4. lib. . Curt. Iun. cons. 9. num. 5. Rubeus cons. 31. num. 3. Rip. in l. ex facto. §. si quis autem. in princ. not. ff. ad Trebel. Paris. cons. 44. num. 2. & consil. 86. num. 2. lib. 2. Dominus meus Socin. Iun. cons. 111. num. 21. lib. 1. Tiraq. in l. si vnquàm. in glo. verbo, Susceperit. num. 153. C. de reuocan. dona. Crau. cons. 67. nu. 8. & cons. 98. num. 1. & 4. & cons. 161. num. 6. & cons. 208. nu. 1. & nouissimè Dom. meus Cephal. cons. 114. nu. 5. &

cons.

conf.269.nu.20. ex quibus patet hanc esse communem Doct. opinionem.

Non obstat quòd alienationis prohibitio Gaio & alijs suis fratribus substitutis sit facta, cùm hac dispositione, vt hæreditas in domo & ipsius testatoris familia remanere debeat: nam hæc prohibitio est personalis, ipsisque substitutis restricta, & illis intelligitur, casu quo sua venerit substitutio, quæ equidem ob filiorum existētiam euanuit, vt supra dixi. ergo locum hic vendicare non potest, cùm hæc qualitas sine subiecto stare nō possit. l. eius qui in prouincia. ff. si certum petã. & in his terminis tradit Alex. cons. 59. num. 9. & seq. lib. 3. & cons. 139. num. 3. lib. 6. Socin. cons. 53. num. 10. & seq. lib. 1. Ruin. cons. 153. num. 5. lib. 2 & cùm hæc igitur prohibitio quoad Gaium, & suos fratres fuerit facta: ergo tamquam odiosa ad institutos non extenditur; ergo ob mortem vltimi filii testatoris, qui cum filijs decessit, substitutio euanuit, & illa alienationis prohibitio tantùm Gaio & fratribus suis facta adueniente casu conditionis, quæ non obuenit, euanuit, & per consequens in hoc articulo proposito sibi locum non vendicat. Iaf. in l. fin. num. .. C. de hæred. inst. & in l. si quis per hæredem. C. de inst. & subst. Rip. in l. ex facto. §. si quis autem. num. 1. ff. ad Trebell. Alexand. d. cons. 59. num. 5. vsque ad finem consilij lib. 3. Dec. cons. 636. num 6. in fin. & seq. Bertrand. cons. 178. lib. 2. Gratus cons. 48. num 5. lib. 1. & cons. 19. lib. 2. Ruin. cons. 53. numer. 4. versic. sed his omnibus. & nume. 8. & consil. 128. libr. 2. Paris. cons. 31. num. 19. & sequen. & num. .. lib. 2. Dominus Soc. iun. cons. 198 num. 31. & seq libr. 2. Berous cons. 84 num. 39. 40. 57. lib. 2. Crau. cons. 161. nu. 6. & seq. & cons. 203. & nouissimè clarissimus Dominus Cæphal, præceptor promotorque meus honorandissimus, qui tempestate nostra in hac legali scientia legendo & consulendo primum locum obtinet, hanc opinionem sequitur cons. 17. num. 12. & fusius consil. 269. per totum. vbi arguit ad partes, & ad omnia contraria respondet, vt in fonte ibi videri potest. & Ruin.

consil.150.num.18.lib.2. & Rub. consi.150.nu.10.admittunt pro vera Alex.decisionem in d.cons.59.ob prohibitionem Gaio & fratribus suis substitutis tantùm restrictam, & non institutis extensam.

195 Et † hac ratione accedente: nam videmus, quòd si testator suos filios hæredes instituisset, & si ipsi vel eorum filij sine filijs decesserint, velit quòd eius hæreditas Gaio restituatur, tunc filij in conditione positi non sunt nisi priuatiuè vocati, & successiuè non grauati, secundùm magis communem & veriorem Doct. opinionem: non obstante quicquid dixerit Bart.in l. Centurio.num.37.ff.de vulg. & pup.subst. qui communiter ibi est reprobatus, vt dicit dominus meus Socin. Iun.cons.112.nu.24.lib.1. & cons.176. num.20.lib.2. ratioque est in promptu, quoniam filij testatoris tantùm sunt grauati, non autem eorum filij, & cùm ita sit, meritò non est tractandum, an filij filiorum grauati vel vocati censeantur, cùm illis nullum grauamen sit iniunctum. Soc.cons.250.lib.2. Dec.cons.422.nu.2.Bello. cons.81.nu.5. Rubeus cons.144.num.1. Dominus meus Soc.Iun.cons.176.num.20.lib 2. Iulius Clarus in tract. suis.in §.testamentum.q.77. & seq. & ab hac opinione in iudicando & consulendo, non est recedendum, vt tradit Paris.cons.89.num.31.lib.2. nam si filij filiorum non fuêre vocati, ergo nec grauari potuerunt. l. ab eo C.de fideicommiss.l.planè.la 2.§.fin.cum l.seq. & l.ciuitatis.§.si. vbi Bart.ff.de leg.1. Crau.cons.161.num.17. & testator onus alicui adijciens non per hoc illi tacitè relinquere videtur. l. hæreditas ad Statium. & ibi Bal.ff.de hæred.inst.l.sed si sic.§.1. & l. fin.in prin.ff.de lega.3.ita quoque benè discurrit Ias.cons.144.col.pen. libr.2. & ibi probat, quòd illa regula: qui vult consequens &c non in fideicommissis sibi locum vendicat: si ergo in prædicto casu substitutio irritaretur decedentibus filijs superexistentibus eorum filijs, & si hęc conclusio procedit, vbi filij filiorum expressè nominati sint, quantò magis in nostro igitur præsenti articulo proposito procedit, vbi filij filiorum nó sunt nominati

minati neque vocati? ergo ſubſtitutio Gaij & fratrum ſuorum ob filiorum exiſtentiam vltimi filij teſtatoris poſt eius mortem euanuit. quod argumentum à fortiori in iure eſt validum. Auth. multò magis. C. de ſacroſ. ecclеſ.

Et ſi diceretur, quòd filij ſub maſculinitatis nomine nominati fuerũt, ergo dicũtur vocati, vt dicit Guid. Pap. quæſt. 184. tamen idem Guid. Pap. dicit, nunquàm potuiſſe hanc ſuam in practica opinionem obtinere, immò in cõtrarium fuit deciſum, vt ipſe ponit q. 600. & benè, vt tradit Pariſ. conſ. 31. nu. 19. & plurib. ſeq. lib. 2. & hæc eſt magis communis & verior Doct. opinio, prout ad partes diſputando illam ita defendit & aſſerit Cagn. in l. 1. nu. 48. & pluribus ſeq. C. de pact. & ibi etiam Rip. nu. 8. & idem Rip. in l. Centurio. num. 162. ff. de vulg. & pup. ſubſt. dominus meus Soc. Iun. conſ. 177. nu. 10. lib. 2. hancq́ue magis communem verioremq́ue Doct. opinionem nouiſſimè aſſerit Iul. Clar. in tracta. ſuis. in §. teſtamentum. q. 79. 196

Et tantò fortius hæc opinio in caſu propoſito procederet, ſi ſtatutum (prout eſt per totam Italiam) extaret, quòd exiſtentibus maſculis filiæ non ſuccedant, tunc filij ſub maſculinitate nominati non cenſentur vocati. Ripa in l. 1. num. 5. in fin. & ibi etiam Cagnol. nu. 53. verſic. rurſus. C. de pact. & ibi quoque Zuchard. nume. 74. dominus meus Socin. Iun. conſ. 177. num. 19. & ſeq. lib. 2.

Et nec quicquam in articulo præſenti propoſito 197
conſideratur ratio agnationis illiusq́ue fauor conſeruandæ: cùm ex tali fauore & ratione non ſint addendæ ſeu ſomniandæ ſubſtitutiones vltra teſtatoris diſpoſitionem, alioquin ſubſtitutiones ad infinitum traherentur, quod non eſt dicendum. Dominus meus Socin. Iun. conſ. 177. num. 12. libr. 2. Crauet. conſ. 161. num. 6. & num. 17. in fine. cùm ergo dicta ſubſtitutio ob mortem vltimi filij teſtatoris cum filijs decedentis euanuit, meritò illa prohibitio ſubſtitutis tantùm facta, videlicet Gaio & ſuis fratribus, ad filios teſtatoris nõ porrigitur,

rigitur, neq; etiam ad filios filiorum eorum extenditur. Cagnol. in d.l.1.num.52.versic.ad quartum. Dominus meus Socin. Iun. consi.108.num.31.& seq. & consil. 155.num.10.& seq.lib.2. Crauet.consil.161.num.17.in fi. & sequ.& consi.306.num.6.& præsertim in fideicommissis, vbi de persona ad personam extensio non fit.l. si quis ita.§.pen.ff.de testam.tut. Aret.in l.Gallus.§.& quid si tantùm.col.3.versic.2.adde.ff.de liber.& posthum. Deci.in l.illam.num.11.C.de collat.& consil.218. num.9. Crauet.consil.161.nume.11. & vt plenè tetigi suprà.

198 Et si agnationis fauor ob dictam alienationis prohibitionem fuit consideratus; potest dici, quòd tantùm fuerit consideratus in casu expresso, id est, si filij testatoris sine filijs decesserint, & adueniente Gaij & fratrũ illius substitutionis casu. quod equidem in articulo præsenti proposito non euenit, quia vltimus filius cũ filijs viuis superexistentibus decessit. ergo ille agnationis fauor in alio casu non consideratur. Alex.consi. 59.nu.21.ver.non obstat etiam.lib.3. D. meus Soci.Iun. cons.108.nu.31.& seq.lib.2.& cons.4.nu.21.& seq.lib.3. Crau.cons.161.& cons.208.

199 Nec aliquam rationem persuasiuam sufficit imaginari, per quam dicatur, testatorem aliquid voluisse vel cogitasse, nisi illud disposuerit, vel aliquo modo ex illius verbis inducatur. vt per illum text. tradunt Bald. & Imol.& alij scribentes in l.quidam cum filium.ff.de hæred.instit. Paris.cons.89.num.33.lib.2.dominus meus Soc.iun.cons.176.num.9.lib.2. sed sic est, in casu proposito verba nedum fideicommissum important, imò omninò in contrarium sonãt; nam testator dicit, quod omnibus suis filijs hæredibus vniuersalibus sine filijs decedentibus Gaium & eius fratres eisdem substituit; quibus eo in casu hæreditatis alienationem prohibuit. cum ergo vltimus filius testatoris filios post eius mortem reliquerit, meritò fideicommissum cessat, & hæc conclusio indubitata & vera est. vt dicit D. meus Soc.iun.cons.4.num.14.& seq.lib.3.& consi.177.nu.17.

lib.2.

lib.2.Crauet.consil.161. & consil.208.

Et si quoque diceretur, quòd si testator interrogatus fuisset fideicommissum in filios filiorum extare, ob prohibitionem prædictam ita verisimiliter disposuisset, ergo hoc in casu fideicommissum pro expresso haberi debet, iuxtà gloss. in l. tale pactum. §. fin.ff. de pact.

Sed ego huic obiectioni respondere possum, & dicere, quòd illud non sufficit, ex quo verba nullo modo illud importare (per prædicta) possunt, & quia testatoris mens ex verbis colligitur, & verba sonant in contrarium, ergo † verisimile non est, quòd testator ita respondisset, & si voluisset, sed quia expressè dixisset non dixit, ergo noluit. argum. l. vnic. §. sin autem deficientis. C. de cad. toll. c. inter corporalia. de transl. prælat. c. ad audientiam. de decim. ita in his ferè terminis tradit D. meus Socin. iun. d. cons. 4. nu. 16. & seq. & cons. 111. num. 31. lib. 1. Paris. cons. 89. num. 33. lib. 2. Crau. consi. 161. num. 13. & seq. & testator semper præsumitur velle id quod verbis expressit. de quo latè per Tyraq. in l. si vnquam, in verbo, libertis, num. 14. & pluribus seq. C. de reuocand. donat. Ripa in l. hæredes mei, §. cum ita. num 32. & seq. ff. ad Treb. Rui. consi. 163. col. 1. & cons. 77. col. fin. lib. 2. & cons. 7. num. 12. & consi. 95. lib. 3. Curt. iun. consi. 63. & 169. in princ. Crau. cōsi. 161. num. 14. & cons. 208. 200

Et coniecturæ ad † inducendum fideicommissum necessariæ, vel multum probabiles debent esse. Ias. in l. vel singulis. ff. de vulg. & pupil. substit. & cons. 143. lib. 2. Ripa in d. §. cum ita, num. 17. & num. 34. & qui se super testatoris voluntate fundat, illam euidenter docere debet. Ripa in d. §. cum ita. num. 56. D. meus Socin. iun. consi. 185. num. 3. lib. 2. Crau. cons. 161. num. 16. aliàs interpretatio fieret contra fundantem se in voluntate dubiosa. Crau. cons. 208. num. 3. testator vtique in nostro præsenti casu figurato non expressit, se voluisse, quòd decedentibus suis nepotibus sine filijs Gaius & sui fratres fideicommissum consequi, & habere 201

 possint.

possint. & nulla extat probabilis necessariaque coniectura, per quam arguatur, testatorem suos nepotes, id est, filios filiorum onere fideicommissi voluisse grauare, immò in contrarium perspicuè patet, vt suprà plenè dixi, ergo fideicommissum in istis nepotibus etiam sine filijs defunctis extinctum est, & ita in dubio pronunciandum est, fideicommisso locum non esse, vt persona onerata minus fuerit grauata, quàm possibile sit. l. vnum ex familia. §. si rem. l. si ita relictum. in fin. ff. de legat. 2. l. numis. ff. de lega. 3. Dom. meus. Soci. Iun. cons. 185. num. 9. & sequen. libr. 2. Crauet. consil. 161. & cons. 208.

202 Et sufficit † nobis dicere, quod regulariter in substitutionibus solet dici: hoc in casu substitutio non loquitur, ergo non facta censetur. Paris. cons. 41. num. 24 libr. 3. Rube. cons. 144. num. 3. Dom. meus Socin. Iun. cons. 155. num. 6. & cons. 176. num. 8. libr. 2. Crauet. cons. 208. num. 3. & cons. 161. num. 16. Excellentissimus D. quoque meus Cæphal. consil. 124. nume. 3. & hæc sunt quæ in præsenti articulo figurato hæsitationem faciunt.

Veruntamen his & similibus, quæ in contrarium adduci possunt, non obstantibus arbitror, opinionem contrariam de iure esse veriorem magisque æquam, & ideo amplectendam esse, videlicet, cùm filij vltimi filij testatoris prædefuncti sine filijs decesserint, Gaium & eius fratres ad fideicommissum vocatos esse, vt ex infrà dicendis clarissimè & perspicuè patebit.

Et pro euidentia huiusque conclusionis fundamento præmitto illud ineuitabile fundamentum, † quòd
203 in materia testamentaria ante omnia testatoris voluntas perquirenda est, quæ in testamenti interpretatione primum locum obtinet. l. in conditionibus. in princip. ff. de cond. & demonst. & totum facit l. ex facto. la granda circa medium. ff. de hæred. instit. l. si mihi & tibi. §. fi. in fi. ff. de legat. 1. & ideo ante omnia attendi debet. l. quoniam indignum. C. de testam. & tunc omnis verborum rigor ipsi voluntati postergatur. arg. l. 3. C. de

de liber.præter. & præsertim cùm de fideicommissis tractatur, vt in præsenti articulo proposito contingit. l.cùm virum.C.de fideicommiss.l.hæredes mei.§.cùm ita.vbi Doct.ff.ad Trebel.& sufficit testantis voluntatem per coniecturas percipi.l.cùm proponeretur.vbi glo.& Doct.de leg.2.& Alex.cons.100.nu.5.lib.4. dicit materiam fideicommissariam in defuncti voluntate fundari, vt sufficiat illam quibuscunque verbis, præsumptionibus, coniecturisque ostendere ad inducendum fideicommissum. ita etiam affirmat Soci.cons.26. num.2.& pluribus seq.lib.4.Dec.cons.23.num.3.Paris. cons.25.num.31.& seq.lib.3. Dom.meus Soc.Iun.cons. 145.num.16.lib.3. & D.quoque meus Cæphal.cons.188. num.5.& seq.& ideo nutu fideicommissum inducitur. Cagnol.in l.1.num.47.C.de pact. & per verba etiam enunciatiua. Paris.cons.66.num.23.& pluribus sequ.& cons.68. nume.33.& pluribus seq.libr.3. immò nedum per verba expressa, sed & quoque tacita. Paris.latè consil.72.num.7.& seq. & cons.88.num.4. & seq.libr.2. & cons.25.num.34.& seq.lib.3. Curt.Iun. cons.121.nu.10. & fortius etiam si verba testatoris sint defectiua fideicommissum inducitur. vt pulchrè dicit D.meus Soci. Iun.cons.1.nu.8.& pluribus seq.lib.3. Paris.cons.5.nu. 12.& cons.6.num.5.& seq. & cons.66.num.23.& pluribus seq.lib.3.ratioque est in promptu; quia in fideicómissis quandoque minus est scriptum, quàm à testatore fuerit dictum.Soc.cons.26.num.4.in fi.libr.4.Paris. cons.7.nu.42.libr.3.Alcia.in tracta.præsumpt.regula 1. præsumpt.9.num.1. meritò si in fideicommissis coniecturata testatoris voluntas sufficiat, quæ ex aliquibus coniecturis tacitè colligatur.tex.est rotundus in l.vnú ex familia.§.si omissa.ff.de legat.2. Curt.Iun.cons.121. nu.13.Paris.cons.41.nu.15.& seq.lib.2. & cons.43.nu.87. & cons.25.nu.31. & plurib.seq.lib.3.nam vbi sensus testatoris habetur etiam per coniecturas, à vi naturaque coniunctionis verbalis receditur. Paris.cons.25.nu.32. & seq.lib.3.

Et quamuis consulentes testatoris verbis inhærent, 204

rent,& aliquando voluntati,prout pecuniæ eos impellunt: tamen nunquam à testatoris voluntate recedas, præsertim in fideicommissis, quotiescunque ex coniecturis in testamento collectis talis voluntas comprehendatur, quę tunc pro omissa non habetur. Curt.iun. consi.121.num.10.vers.cum igitur, & num. sequ. Paris. cons.5.num.45.& consi.17.nume.15. & pluribus seq.& consi.25.num.38.lib.3.Rube.consi.68.numer. 2. versic. præmissis.

205 Hoc ita præmisso † existente firmo & valido, dico quod testator substitutis alienationem prohibuit, causam adijciendo; quia omninò vult, dictam hæreditatē in familia, ipsiusque testatoris domo remanere, quæ testatoris verba sunt dispositiua, & fideicommissum inducunt. Socin. in l. qui Romæ,§.cohæredes. num.18. ff.de verb.oblig. Deci.consi. 23. colum. 3. versic. sextò moueor. Paris.consi.88.num. 21. & pluribus seq. lib. 2. D.meus Soc.iun.consi.140.num.9.lib.3.Crau.cons.130. num. 10. & id transit absque difficultate, si hæc igitur verba substitutis fideicōmissum important, ergo quoque ex coniecturata testatoris voluntate idem quo ad institutos & eorum filios dicitur; nam si testator vult omninò, quod illius hæreditas in sua domo familiaq; remaneat, id equidem (meo iudicio) obuenire non potest, nisi necessariò hæc alienationis prohibitio ad institutos, eorumque filios extendatur, quia qui vult cōsequens, necessariò videtur velle antecedens.l.ad rem mobilem.l.ad legatum.ff.de procur.l.2. cum sua materia.ff.de iurisd.om.iud.cum igitur ita sit, & filij filiorum sine filijs decesserint, meritò Gaius & sui fratres ad dictum fideicommissum vocantur.ita ad probandū fideicommissum arguit Rubé.consi.1.num.15.Paris.cōsi.6.num.19.& cons.52.num.29.lib.1.& consi.41.nu.13. & seq.lib.2.& consi.72.num.86.lib.4.Alci.in l.filiusfa. §.Diui,num.38.& seq.de leg.1.D.meus Soc.iun.cons.1. nū.13.17.& seq.lib.3. & D. quoque meus Cæph. consi. 114.num.17.

206 Et id suadente: nam licèt altercatio inter Doctores

res reperiatur. an filij in conditione positi censeantur vocati? & aliqui censuêre, quod non, iuxtà gl. in l. Lucius, la 2. ff. de hæred. instit. & ratio est, quia conditio nihil ponit in esse. l. si quis sub conditione dandorum decem. ff. si quis omiss. caus. testam.

Alij autem contrarium censuere, quòd tacitè vocati sint; quæ tacita mens in fideicommissis sufficit: & hæc opinio est multum æqua, benigna, & communis, & si iudex in iudicando illam sequeretur, non peccaret, vt dicit Paris. cons. 66. num. 6. & pluribus seq. lib. 3. & quamuis altera opinio iam erat communis, hodie tamen ista est magis communis & verior Dd. opinio, vt tradit D. meus Soc. iun. consi. 78. numer. 12. & consi. 145 num. 35. lib. 3. & consi. 174. numer. 21. lib. 2. vbi allegat plures auctoritates ad id propositum tendentes, vt in fonte videri potest.

Alij autem pro concordia harum opinionum sic distinxere, quòd aut illi, qui sunt instituti, non sunt ipsius testatoris descendentes, & hoc in casu proculdubio filij in conditione positi non censentur vocati: si verò instituti testatoris descendentes sint, nullaque alia subsit coniectura, per quam argui possit, testatorem eos vocare voluisse, & tunc equidem procedit opinio glo. in d. l. Lucius, si verò aliqua in testamento coniectura subsit, per quam deprehendatur testatorem voluisse hos filios in conditione positos vocare, & tunc censentur vocati, & in hoc casu procedit illa secunda opinio relata, & à Paris. secuta d. cons. 66. num. 16. & ita nouissimè distinguendo declarat Iul. Clarus in tract. suis, in §. testamentum. quæst. 77. & pluribus sequ. vbi recitat opiniones hincinde, tandem ibi in versic. nihilominus. concordat opiniones, vt suprà dixi. idem affirmat Paris. cons. 5. num. 35. lib. 3. Crau. consi. 24. nume. 13. & hæc est magis communis hodie, vt dicit D. meus Soci. iun. consi. 145. num. 36. lib. 3. & consi. 175. numer. 1. lib. 2. & fusius consi. 174. num. 22. eodem lib. subdens ibi, quod qualis coniectura debeat esse, iudicis arbitrio relinquitur.

207 Et quælibet leuis coniectura sufficit ad effugiendum.glo.in d.l.Lucius.Corn.conſ.101. nu. 4. circa medium.lib.4. & conſ.97.nu.4.circa medium. libr.1. Dec. conſ.242.in fin.Pariſ.conſ.5.num.35. & ſeq.lib.3.Dom. meus Soc.Iun.conſ.141.nu.8. & ſeq. & conſ.175. num.1. lib.2. & conſ.145.nu.36.lib.3.Crau.conſ.62.nu.6.& cóſ. 113.nu.1.in fi.

Ex quibus ad caſum noſtrum infero, quod cùm inſtituti de teſtatoris deſcendentibus ſint, & quamplures extent coniecturæ, per quas ex teſtamento perſpicuè comprehēdatur, teſtatorem ſuam hæreditatem in familia domoque ſua voluiſſe cōſeruare, vt ſigillatim patebit, meritò negari non poteſt, quin filiorum filij fuerint vocati & ſucceſſiuè grauati: & quia filij filiorum omnes ſine filijs deceſſerunt: meritò ſi fideicommiſſum non eſt extinctum, ſed in perſona Gaij & fratrum illius perdurat.

208 Primaque coniectura eſt, nam filij ſub maſculinitatis nomine nominati ſunt: & quamuis maxima inter Doctores altercatio reperiatur, an vocati cenſeantur: quia iam communis erat pro parte negatiua, vt in contrarium dicebatur ſuprà, tamen hodiè magis communis eſt pro parte affirmatiua, videlicet, quòd filij ſub maſculinitatis nomine nominati ſint vocati. Pariſ.cóſ. 5.nu.36.& conſ.ſeq.nu.17.& nu.23.lib.3.vbi dicit, quòd ab hac opinione in iudicando & conſulendo nō eſt recedendum. idem affirmat Crau.conſ.130.nu.2. & conſ. 62.nu.15.verſ.quinta coniectura. Dominus meus Soci. Iun.conſ.151.num.12.libr.2.& conſ.145.nu.37.lib.3.vbi dicit ſe ſæpè conſuluiſſe, & ita ſolitum eſſe tenere in d.l.Centurio. & idem Soc.Iun.conſ.141.num.7.& ſeq. libr.2. & ita aliàs Brixiæ fuit iudicatum, vt refert ſequendo Dom.meus Cæphal.conſil.115.nu.23.& conſil. 251.nu.77.in loco etiam exiſtente ſtatuto, quòd exiſtentibus maſculis fœminæ excludantur. Deci. conſ. 546. nu.2.& ſeq.Pariſ.conſ.66.nu.60.lib.3. Curt.Iun.conſi. 121.nu.16.D.meus Soc.Iun.conſ.145.nu.38.libr.3. Crau. conſi.130.nu.2.

Et

Et prima equidem opinio procedere poterit, si simpliciter de masculis dictum fuisset: at quia vltra masculinitatis coniecturam comprehenditur per aliam coniecturam in testamento insertam, testatorem masculis suam voluisse relinquere hæreditatem causa suam conseruandi agnationem, hoc in casu proculdubio filij in conditione positi censentur vocati. ita declarat Ripa in l. centurio, num. 163. & seq. ff. de vulg. & pupil. substit. & in l. 1. num. 9. & seq. & ibi quoque Cagnol. num. 53. versic. procedit, & num. 54. C. de pact. Dec. consi. 270. in fin. Ruin. consi. 144. num. 9. circa medium. versic. secundò dicta interpretatio. lib. 2. Paris. cons. 6. nume. 16. & consi. 66. num. 46. & 49. lib. 3. vbi dicit hanc esse communem Doct. opinionem. idem affirmat Crau. cons. 62. num. 9. & cons. 130. num. 4. D. meus Socin. iun. cons. 78. num. 13. & seq. & cons. 141. num. 7. lib. 2. magisq; nouissimè Iulius Clarus in tract. suis in §. testamentū. quæst. 79. versic. quinta. Hieron. de Manfredis in tract. suo de attentatis. in 6. part. num. 3. vbi recitat opiniones hincinde. tandem concludit, vt suprà. ita quoque affirmat præclarissimus D. meus Cæphal. consi. 352. nume. 82. sed sic est, in casu proposito plures extant vrgētissimæ coniecturæ, ex quibus deprehenditur testatorem suam voluisse conseruare agnationem; & prima est, quia testator fœminas dotat, & à substitutione excludit, nominando masculos sub masculinitatis nomine tantum. Rub. cons. 150. num. 2. versicu. præmissis. dominus meus Soci. iun. cons. 136. num. 38. & seq. lib. 3. & præsertim existente statuto fœminas ob masculos excludente. Zuchard. in l. fin. num. 69. in fin. & seq. C. de edicto D. Hadr. toll. Ruin. consi. 158. num. 5. versicu. sed præmissis, & pluribus seq. lib. 2. Paris. consi. 18. num. 34. & pluribus seq. lib. 2. & cons. 41. num. 19. & 41. & 46. libro 3. Rub. cons. 141. num. 7. & cons. 150. num. 2. versicu. præmissis. alienationemque suæ hæreditatis ipsis expressè substitutis prohibuit, rationem ibi subijciens, quia vult, vt dicta hæreditas in sua familia & domo remaneat, quòd equidem testator non fecit, nisi causa

eius agnationem conseruandi, & enimuerò si testator de hoc fuisset interrogatus, ita verisimiliter dispofuisset & expressè dixisset, existentibus tot & tantis coniecturis vrgentissimis in dicto testamento insertis, ex quibus deprehenditur, testatorem filios filiorum vocasse, & eos grauasse. Paris. consi. 5. num. 42. lib. 3. & alij Doct. præallegati, vt suprà, & ita quilibet iudex sani iudicij ita diiudicabit, cum in eius arbitrio sit credere, an filij in conditione positi sint à testatore vocati, vt tradit Clarus in dicto §. testamentum, quæstio. 79. in fine.

10 Et id in præsenti † articulo nostro proposito procedit hac ratione inconuincibili; nam sicuti testator honorē voluit in his substitutis agnatis ex fratre suo natis cōseruare, vt satis perspicuè ex alienationis prohibitione deprehēditur: quia vult suam hæreditatem omninò in sua familia & domo remanere, quæ prohibitio à testatore expressè fuit facta, causa suam conseruandi agnationem, & si hæc ratio à testatore in testamento non expressa fuisset, cum enim alia congruens ratio assignari non possit, nisi hæc; ergo illa pro expressa habetur, secundùm glo. Bald. & scribentes in l. quamuis, C. de fideicommiss. ita in proprijs terminis tradit Paris. consi. 5. num. 22. & 29. & cons. seq. num. 13. & cons. 66. nùm. 43. lib. 3. cum per diuitias familiarum honor conseruetur. l. 1. C. de custod. reorum. & per cōtrarium familiæ paupertate sordescunt. l. quisquis. C. ad leg. Iul. Maiest. l. 1. C. de dignit. lib. 12. vbi Bart. Soci. consi. 26. num. 8. lib. 4. Paris. consi. 6. num. 15. & consi. 17. num. 10. & seq. lib. 3. dominus Riminald. iunior in §. hoc quoque à nobis. num. 14. Instit. per quas pers. nob. acquir. si ergo testator in his substitutis honorem ob hanc prohibitionem conseruare voluit, qui in longiori gradu sibi sunt, quàm isti instituti sint, qui sunt eius filij: quantò magis dicendum est, naturali ratione & verisimilitudine, quæ est cognata naturæ, testatorem, voluisse hunc honorem in proprijs filijs descendentibusque conseruare, iuxta commune votum parentum.

l. scri-

l.scripto.in fin.ff.vnde libe.meritò vtique, si hæc alienationis prohibitio ad filios filiorum tanquam fauorabilis extendatur, & cum ita sit, ergo fuere vocati & pariter grauati.dominus meus Soc.iun.consi.78.nu.28. & pluribus seq.lib.3.& dominus quoque meus Cæph. consi.114.nu.27.& seq.

Præsertimque † cum tam de enixa geminataque testatoris voluntate constat, testatorem voluisse agnationem,eiusque familiam conseruare, vt expresse deprehenditur(vltra masculinitatis qualitatem)per expressam alienationis prohibitionem cum causæ adiectione; & etiam per alias tot prenarratas coniecturas. quæ geminata testatoris voluntas multum operatur ad concludendum, quod filij & filij filiorum dicuntur vocati & grauati.argum.l.Balista.ff.ad Trebellia.ita in proprijs terminis arguit Paris.d.consi.5.nu.20. & consi.66.num.36.& sequen.lib.3.& cons.37.num.29.& seq. lib.2.Dominus meus Cæph.consi.114.num.24. si hæc igitur ratio à testatore considerata fuit,per quam suam voluit hæreditatem in eius familia & domo conseruare, resultat vera hæc communis Doct. conclusio, quòd fideicommissum per hæc verba allegata fuit inductum,& ad filios filiorum transcendit;quia filij filiorum masculi dispositiuè vocati fuere.Paris.consi. 6. num.16.libro 3.& præsertim cum illi de ipsius testatoris descendentibus sint. Cagnol. in l.prima, numero 54. C.de pactis. & alij commemorati patres, vt suprà dixi. 211

Praetereà solida † & communis Doct. conclusio est, fideicommissum ampliari,restringi,declarari, limitariq; per rationem & causam, quibus testator ad conficiendum testamentũ motus fuit,ergo causa & ratio est attendenda,non autem illud quod dicitur, vt habetur in l.cum pater.§.dulcissimis.ff.de legat.2.Ias.in l.filius fam.§.Diui.in responsione.num.146.in fin.& num.152. & ibi etiam Ripa nu.108.versi.secundò restringe.& Alciat.num.38.& seq.ff.de leg.1. Socin.cons.249.num.26. & cons.250.num.4.versi.præterea. lib.2. Paris.consi.6. 212

num.

num.20.lib.3.& conf.88.num.25.lib.2. & conf.72.num. 87.& seq.lib.4.Dominus meus Cæphal.conf.114.num. 31.& ratio est in promptu; quia in fideicommissis quandoque minus est scriptum, quàm dictum. Cur.iun.cõsi.121. num. 13. & vt in præmisso meo huius præsentis quæstionis propositæ dixi. sed sic est, ratio per quam motus fuit testator ad prohibendum alienationem fuit hæc, quia honorem suæ domus & familiæ conseruare voluit, vt expressè in testamento legitur, qui honor per diuitias conseruatur, & per contrarium paupertate sordescit. quæ ratio magis filijs & filijs filiorũ testatoris conuenit, quàm Gaio & fratribus suis substitutis; ergo hæc prohibitio ad ipsos institutos & eorum filios porrigitur, cum vna testamenti pars per aliam declaretur, l.1.ff.de rebus dub.Rub.conf.53.num. 5.versi.quo casu. & præcedentia quoque per subsequẽtia declarentur.l.si seruus plurium.§.fi.l.qui filiabus. ff.de leg.1.Crau.consi.297.num.5.tum & quoque propter causæ adiectionem, quæ dicto generalior est, meritò si alienationis prohibitio ad institutos & ad eorum filios extenditur: ergo sunt vocati & quoque grauati. Paris.conf.41.nu.23.& pluribus seq.dominus meus Cæphal.conf.114.nu.23.& pluribus seq.& cæteri Dd.prę allegati, vt suprà.

213 Et si testator de hoc interrogatus fuisset, † ita verisimiliter expressè disposuisset, vt ex coniecturis perpenditur præallegatis in dicto testamento insertis; ergo non pro omisso, sed expresso habetur, iuxtà glos.in l.tale pactum.§.fin.ff.de pact. ita in his terminis tradit Paris.conf.5.nu.42.lib.3.Ias.in l.cum res, nu.5.ff.de leg. 1.Curt.iun.conf.121.Rube.conf.68.nu.2. vers. præmissis.Crau.conf.62.nu 14.& conf.130. nu. 7. D. meus Cæphal.conf.114.nu.17.

Et hæc opinio d. glo. præsertim in fideicommissis procedit, in quibus tantum testatoris voluntas inspicitur. Ruin.conf.179.num.7.in fin.& seq.lib.2.Paris.consi.17.nu.10.& pluribus seq.lib.3.D.meus Soc.iun.conf. 145.nu.21.lib.3.

Ex

Ex quibus omnibus simul connectis concludo, ipsos nedum filios fuisse vocatos, sed & quoque filios filiorum, & successiuè ex coniectura ta testatoris voluntate à testamento collecta (quæ in fideicommissis sufficit) illos grauatos fuisse: quo ita existente, resultat cõclusio clarissima, quòd cum filij filiorum sine filijs decesserint, fideicommissum in persona Gaij & fratrum suorum esse verificatum, & eidem iuxta testantis dispositionem pertinere.

Tota igitur præsens difficultas consistit in respondendo contrarijs, & quamuis responsio ex præallegatis eliciatur, tamen vt res clarius perspiciatur, eisdem sigillatim & particulariter respondebo.

Primò non obstat dicere, quòd substitutio euanuit, cùm filij instituti existentibus filijs decesserint, vt dicit Oldr. d. cons. 21. & cæteri sui sequaces.

Nam respondeo & dico,† quòd allegata per Oldr. procedunt, quando substitutio simpliciter facta sit, & nihil aliud subsequatur, per quod arguatur, testatorẽ voluisse, vt illud fideicommissum ad filios filiorum transiret, etiam cum eadẽ qualitate, si illi sine filijs decesserint. sed iste non est casus noster; quia in præsenti casu figurato testator vult illius hereditatem in sua familia & domo remanere: & hac ratione alienationis prohibitionem fecit, per quam, & per alias tot & tantas coniecturas iam prænarratas satis apertissimè deprehenditur, testatorem eius agnationem conseruare voluisse, sed sic est, ergo nedum filij, sed filij quoque filiorum vocati censentur, & ex coniectura ta testatoris voluntate grauati, quæ voluntas tacita ex testamento coniecturata ad inducendum fideicommissum sufficit. ita ad consilia Oldradi respondet Paris. consi. 66. num. 58. lib. 3. & consi. 41. num. 64. & pluribus seq. lib. 2. Deci. consi. 270. in fin. Ruin. consi. 158. num. 14. libr. 2. Curt. iun. consi. 121. num. 15. Crauet. consil. 306. numer. 4. in fine. & consi. 326. num. 16. Dominus meus Cæphal. consil. 114. numer. 12. & sequenti. & consil. 283. numer. 28. 214

Nec

Nec obstat dicere, quòd hæc alienationis prohibitio tantum Gaio & fratribus suis substitutis fuerit facta, casu quo filij instituti sine filijs decesserint, nullúque grauamen filijs filiorum iniunctum fuit, sed dicta prohibitio tanquam personalis ad Gaium eiusque fratres fuit restricta; ergo ad institutos & ad eorum filios tanquam odiosa non extenditur. igitur, &c.

215 Respondeo huic argumento & dico, † quòd licet hæc prohibitio substitutis facta fuerit & non institutis, nec eorum filijs expressè, tamen ex coniecturata testatoris voluntate ex testamento percepta (quæ in fideicommissis sufficit) facta censetur, & ad ipsos institutos eorumq; filios extenditur. Paris. cons. 52. num. 35. lib. 3. dominus meus Cæphal. consi. 114. num. 31. & seq. nam si testator per hanc alienationis prohibitionem voluit honorem dignitatemque Gaio & suis fratribus substitutis conseruare, qui honor per diuitias conseruatur, & per inopiam diminuitur, vt aliàs dixi: quanto magis verisimile est, testatorem voluisse hunc honorem suis filijs & descendentibus conseruare, tamquam sibi magis prædilectis, cum in hac substitutionis materia interpretatio ita fieri debet, ne minus dilecti melioris conditionis sint, quàm magis dilecti. Ruin. cons. 153. num. 6. lib. 2. & consi. 168. num. 20. lib. 3. Dominus meus Soc. iun. consi. 129. num. 36. post primum, lib. 3. Crau. consi. 155. num. 6. in fin. & dominus quoque meus Cæphal. consi. 114. num. 31. ergo necessarium est ex coniecturata testatoris voluntate à testamento collecta dici, hanc prohibitionem ad institutos eorumque filios extendi; ne absurdum nascatur, quòd substituti sint testatori magis prædilecti, quàm instituti & eorum filij. ita respondendo ad contraria arguit Dominus meus Socin. iunior consi. 129. num. 36. in fin. libr. 3. Paris. consi. 52. num. 29. lib. 3. & dominus quoque meus Cæphal. consi. 251. num. 75. & num. 82. & tunc ex ratione præallegata extensio de persona ad personam fit, quando eadem ratio & testatoris mens in vtroq; concurrit. Ias. in l. Titius. §. Lucius, numer. 3. & 7. ff. de liberis

ris & posthum. Curt. sen. consi. 75. num. 14. versic. & sic vbi ratio. Curt. iun. consi. 121. nume. 14. Paris. consi. 66. num. 66. & pluribus seq. lib. 3. vbi dicit, quòd hæc opinio est verior, æquior & communior. idem pariter affirmat dominus meus Socin. iun. consi. 129. num. 35. & pluribus sequen. lib. 3. subdens ibi, hanc opinionem esse verissimam, non obstante quicquid in contrarium dixerit Aretin. in l. Gallus §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. hancque sequitur opinionem Craue. consi. 155. num. 7. quam vti quoque crebriorem & verissimam refert & sequitur dominus meus Cæphal. consi. 114. num. 30.

Et quamuis † idem Cæphal. consi. 169. num. 50. dicat, quòd Curt. iun. d. cons. 121. num. 16. communiter reprobatur, tamen dico quod dominus meus Cæphal. in hoc ibi valdè decipitur, salua tanti hominis auctoritate. nam allegata per eum ibi in suo premisso loquũtur, quando non est adiecta causa, prout est hic, igitur, &c. quam opinionem meam quoq; affirmat veriorem, & sequitur idem dominus Cæph. in consi. 114. num. 29. & pluribus seq. ergo hæc opinio mea tanquam verissima est tenenda, & ab illa in iudicando & consulendo non recedas. 216

Et in hoc quoque limitatur † illa regula, quæ dicit, quod inclusio vnius alterius sit exclusio, nam dicta regula sibi locum non vendicat, cum in vtroque casu eadem ratio includendi vigeat. Dec. in c. 2. requiris, nume. 2. de appel. ita ad contraria respondet Paris. cons. 5. num. 43. & cons. 52. num. 20. 23. & 24. libro 3. & cons. 175. num. 39. lib. 1. dominus meus Cæphal. cons. 114. num. 31. & sequent. 217

Et sicuti substitutio † in vno casu facta ad alium casum ex rationis identitate trahitur, ex præsumpta testatoris voluntate, etiam contra naturam & verborũ proprietatem. Craue. cons. 326. nu. 8. & seq. ita quoq; & in hoc casu hæc prohibitio ad hæredes & ad eorum filios est extendenda, ex coniecturata testatoris voluntate percepta vltra prohibitionem ex tot & alijs prænarratis 218

narratis coniecturis in testamento insertis, vt suprà tetigi. ergo nedum filij, sed filiorum filij vocati & grauati censentur. ita limitatur l. ab eo. C. de fideicommiss. vt dicit Paris. consi. 88. numer. 28. & consil. 57. numer. 22. & pluribus sequentib. lib. 2. Alciat. in d. §. diui, num. 38. & seq. Dominus meus Socin. iun. consi. 78. nume. 37. lib. 3.

219 Et quamuis hæc alienationis prohibitio nominatim Gaio & fratribus suis facta fuerit, tamen ob causæ adiectionem, quæ est, quia testator vult, quòd eius hæreditas omninò in familia & domo sua remaneat, illa prohibitio tunc efficitur realis, & non personalis, & illa adiectio causæ facit, vt à proprietate verborum recedatur, & dispositionem extendit; meritò si hæc alienationis prohibitio intelligatur, non tantum Gaio & fratribus suis substitutis facta, sed & quoque institutis, & illorum filijs. Ias. in l. filiusfamil. §. diui. num. 152. & etiam ibi Ripa num. 108. versi. secundò restringe. & ibi quoque Alcia. num. 38. & seq. ff. de leg. 1. Rom. consi. 457. num. 1. Curt. sen. cons. 40. num. 17. versi. quod etiam. & seq. num. Curtius iunior consi. 121. num. 11. Paris. consi. 5. num. 21. & pluribus seq. & consi. 52. num. 20. & pluribus seq. & num. 35. libr. 3. & cons. 88. num. 18. in fin. & num. 23. & seq. eod. lib. & cons. 32. num. 37. lib. 1. & cons. 72. num. 87. & seq. lib. 4. Rubeus consi. 1. numer. 11. versic. præmissis: & sic ergo ob adiectionem causæ absolutè extensio de persona ad personam conceditur, licèt regulariter difficiliùs fiat, vt in contrarijs dicitur: ita tradit clarissimus D. meus Cæpha. cons. 114. nu. 30. & pluribus sequ. vbi asserit, hanc esse crebriorem Dd. opinionem.

220 Hacque ratione videmus, † quòd si testator in vita alienationem prohiberet; quia vellet, vt bona in eius familia remanerent, tunc hæc alienationis prohibitio extenditur, ita quòd non poterit aliquo modo alienare etiam post mortem, ex quo ratio, per quam mouetur testator ad faciendum huiusmodi prohibitionem, dicto generalior est, & illa attenditur & non dictum.

Socin.

Socin.conſ.249.num.26.lib.2.Pariſ.conſ.32. num.37. & ſeq.lib.1.& conſ.31.num.36.& ſeq.lib.2. Rube.conſ.16. num.10. in fin. & ſic prohibitio ad certum tempus facta & reſtricta,ex cauſa & ratione cenſetur perpetua. Pariſ.conſi.16.num.46.& conſi.52.num.24.& ſeq.lib.3. nam profectò ſemper à ratione & à cauſa, per teſtatorem conſiderata, fideicommiſſum ampliatur, reſtringitur,& declaratur.Pariſ.conſ.66.num.42.& pluribus ſequen.lib.3.& conſ.72.num.87.lib.4.Ratio igitur,per quam motus fuit teſtator in articulo præſenti propoſito, ad efficiendum huiuſmodi prohibitionem, fuit hæc,vt hæreditas in eius familia, & domo conſeruetur,vt colligitur expreſſè ex verbis diſpoſitiuis ibi,vltrà alias coniecturas prænarratas,quod equidẽ eſſe nõ poteſt,ſi hæc alienationis prohibitio ad filios inſtitutos, & illorum filios non extendatur. Pariſ. pulchrè conſ.72.num.86.lib.4.Dominus Socin.iun. conſ.1. nu. 17.& ſeq.lib.1.& dominus quoque meus Cæphal. conſi.114.num.17.nam ſi teſtator vult, vt bona ſua in familia remaneant,ergo perinde eſt, ac ſi familiæ reliquiſſet.Dominus meus Cæph.conſ.251. num. 56. ſed ſic eſt, ergo filij filiorum ad fideicommiſſum diſpoſitiuè, & non priuatiuè fuere vocati,& grauati. Pariſ. conſ.30. num.31.& pluribus ſeq.lib.2.& conſ.66. nu. 46. & ſeq. li.3.attento (vt dixi) quod prohibitio alienationis ob cauſæ adiectionem eſt realis,& non perſonalis. Pariſ. conſ.37.num.22.& 26.& ſeq.lib.2.& conſ. 17. nume.29. lib.3.Durant.in tract.de art. teſta.titu.8.caut.ſecunda, num.3.& alij Doct. ad id propoſitum præallegati vt ſuprà.& illa prohibitio tunc eſt fauorabilis,& nõ odioſa, & de perſona ad perſonam non nominatim extenditur.Durant.in loco ſuprà allegato. Pariſ.conſ.52.nu. 26.& ſeq.lib.3.Dominus meus Cæphal.conſi.114.num. 32.ſecùs verò eſt, ſi ſine adiectione cauſæ. quia tunc odioſa erit,& non extenditur,vt in contrarium diceba-tur:ita diſtinguendo declarat Rube. conſ.1.num. 12. & ſeq.Pariſ.conſ.52.num.24.& ſeq.lib.3.& conſi.72.num. 84.& ſeq.lib.4.

221 Et præſertim, † cùm ratio à teſtatore adiecta per verba diſpoſitiua fuit facta, (vt dixi) & non per verba enunciatiua: nam illud verbum, vult, poſt prohibitionem adiectum in vltimis voluntatibus diſpoſitionem induc[illegible]. l. Pamphilo. §. propoſitum. ff. de legat. 3. meritò, ſi hoc in caſu prohibitio alienationis vltra perſonas nominatas extendatur, quibus prohibitio erat reſtricta. Ripa in d. §. diui, num. 110. verſic. declara. & ibi etiam Alciatus num. 38. & ſequen. Pariſ. conſi. 30. num. 32. & ſeq. libr. 2. & conſi. 52. numer. 26. & pluribus ſeq. libro 3.

222 Et hæc quoque opinio ex † alio fortificatur. nam videmus, ſi quando teſtator alienationem ſimpliciter prohiberet, non exprimendo extra familiam, ſed cauſam ſubijciendo, vt in familia bona remaneant, tunc iſte caſus eſt dubitabilis, an fideicommiſſum ſimpliciter inducatur: ſecùs verò erit, ſi teſtator ſubijceret, & hoc q[illegible] vult, vt bona alienari prohibita in familia ſua remaneant. nam tunc clarum erit, fideicommiſſum induci; non ſolum in caſu contrauentionis, ſed etiã poſt mortem, & iſte caſus à præcedẽti differt: quia vltimus caſus per verba diſpoſitiua fuit factus, vt denotat illud verbum, vult, poſt prohibitionem adiectum. Pariſ. conſi. 30. num. 22. & ſequen. libro ſecundo. D. meus Socin. iun. conſi. 140. num. 7. in fin. & ſeq. libr. 3. & Dominus quoque meus Cæphal. conſi. 114. ſub nu. 22. verſ. pro qua. & num. 35. ita ergo & in propoſito noſtro dici debet. nam ex eo, quòd prohibitio per verba diſpoſitiua fuit facta, meritò ſi dicatur, teſtatorem fideicommiſſum inducere abſolutum omnibus voluiſſe, & illud tanquam fauorabile ad inſtitutos, & ad eorum filios, propter huiuſmodi prohibitionem diſpoſitiuam extendere, vt dicunt Doct. præallegati. ecce igitur hãc non valere conſequentiam; alienationis prohibitio Gaio & ſuis fratribus fuit facta: ergo ex coniectura ta teſtatoris voluntate ex teſtamento percepta, ex identitate, vel rationis maioritate ad inſtitutos illorumque filios non extenditur, cum contrarium de iure ſic

verius

verius, vt suprà dixi. igitur, &c. idem affirmat Paris. consi.43.num.88.& 90.lib.3.& consi.52.num.35.eod.lib. & dominus meus Cæphal. hanc opinionem sequitur, afferendo esse crebriorem in consi.114.num.30. & pluribus seq. vbi dicit, quod ratione allegata, extensio de persona ad personam fit, licèt difficiliùs permittatur, quàm de casu ad casum; vt ibi clarè per eum. aliàs si alio modo intelligeretur, id absurdum inconueniensque sequeretur, quòd vna pars testamenti aliam non declararet, & quòd præcedentia per subsequentia non interpretarentur, cum in contrarium de iure cautum perspicuè reperiatur, iuxtà l.primam.ff.de reb. dub.l. si seruus plurium.§.fin.& l.qui filiabus. ff.de leg. 1. Paris.consi.46.num.86.& consi.17.num.17.lib.3. & consil. 41.num.25.& sequent.lib.2.Rube.consi.53.num.5. vers. quo casu.Crauet.consi.297.num.5.& quòd in fideicommissis voluntas non totum efficeret, quod equidem esset contra l.ex facto.la grande.ff.de hæredib.institu.& quòd ex coniecturis in testamentis insertis fideicommissum non induceretur, & per verba enuntiatiua, immò etiam defectiua, contra illud quod dixi in præmisso huius meæ conclusionis fundamento pro ineuitabili inducto, cum tot & tantis auctoritatibus corroborato, iuxtà magis communem, veriorem & æquiorem Doct.opinionem, vt videri dinumerariq; potest ex auctoritatibus per me in dicto præmisso allegatis, ne hęc legum correctio oriatur, quæ omninò est euitanda, vt per scribentes in authen.quas actiones.C.de sacrosan. eccles.& ne etiam tot absurditates nascantur, quę omninò sunt effugiendæ. l. nam absurdum. ff. de bonis libert.etiam verba impropriando, in vltimis pręsertim voluntatibus.Crauet.consi.130.numer. 8. & Dominus meus Sociun.consi.122.num.29. libr.3. & ne testatoris voluntas ex testamento coniecturata periret, cui penitus fauere debemus, vt omninò obseruetur.Crau.consi.147.col.fin.vers.postremò, & consi.204. num. 4. Dominus meus Cæphal.consi.114.num. 19. & sequent. necessariò vtique concludendum est, ex coniecturata testatoris

 statoris

ſtatoris voluntate ex teſtamento percepta, & ex alijs rationibus præallegatis, teſtatorem filijs, & eorum filijs ſimul cum cæteris ſubſtitutis alienationem prohibuiſſe. nam teſtator voluit omninò, vt eius hæreditas in familia & domo ſua remaneat, quæ cauſa ſuam conſeruandi agnationem fuit facta, ideo eſt fauorabilis. Rub.conſ.1.num.12.&ſeq.Pariſ.conſ.52.num.26.&ſeq. lib. tertio. meritò ſi hæc alienationis prohibitio ad inſtitutos, & illorum filios, ob generalitatem dicti, & adiectionem cauſæ factæ, per verba diſpoſitiua extenditur, vt dicunt omnes patres vnanimiter commemorati, vt ſuprà.

223 Nec prædictæ concluſioni † obſtat conſilium Alexan.59.lib.3.in contrarium adductum, in quo aduerſantes ſuum totum capitale fundamentum faciunt. nam ſi ibi rectè aduertatur, non mouetur Alexander ad conſulendum ſolum ob reſtrictionem prohibitionis ſubſtitutis naturalibus tantum factæ: ſed quia ſubſtitutio ſuo in caſu ſub conditione fuit facta, videlicet, ſi inſtituti ſine liberis vel ſine teſtamento decederent, ità quòd condito teſtamento per inſtitutos illa conditio expirabat, & ne teſtator ſe incontinenti corrigeret, prout non præſumitur, l.nam ad ea. ff. de condi. & demonſtr. & ne teſtamentum in ſuo caſu contrarietatem contineret; prout erit: aliàs, quia ſubſtituere naturales, ſi inſtituti ſine teſtamento decederent, & ſi decedāt cum teſtamento, deinde teſtatorē velle, quòd illa prohibitio ad inſtitutos extendatur, maxima erit contrarietas, & verborum implicatio. quæ contrarietas omninò eſt fugienda. l. vbi repugnantia. vbi Dec. & Cagnol.ff.de regul.iur. imò à verborum proprietate receditur, vt contrarietas fugiatur. Crauet.conſi.297.num. 5.verſi.decimò.meritò ſi Alexan.in d.conſi.59.concludat, in ſuo caſu prohibitionem quoque in neceſſitatis caſu factam, ad inſtitutos non eſſe extendendam, quia per teſtamentum alienare poſſint, iuxtà expreſſam teſtatoris diſpoſitionem, vt tradit perſpicuè Alexan. d. conſi.59.num.6.in fin.& ſeq.& num.13. ſed in propoſita

ta quæstione nostra nulla reperitur contrarietas, si illa prohibitio alienationis etiam ad filios & eorum filios extēdatur. nam institutis & illorum filijs non per testamentum alienationem fieri permisit, vt erat in casu Alexandri dicto consi. 59. nec alio quocunque modo, quia voluit testator, vt hęreditas sua in sua familia remaneat. ergo de casu Alexandri ad casum nostrum, tanquam ex diuerso, non benè fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minor. cum simil. attento quòd in nostro casu hæc alienationis prohibitio institutis & illorum filijs quoq; ob causæ adiectionem censetur facta: nam & quia magis institutis, quàm substitutis conuenit, ex quo ipsi magis à testatore prædilecti fuere. Crau. consi. 147. num. 2. tum & ob rationis identitatem, vt aliàs suprà dixi.

Et si rectè aduertatur, Rube. d. consi. 1. num. 11. & sequent. vult, quòd prohibitio filijs cum adiectione prędictæ causæ facta ad nepotes extendatur, & tamen ad filios tantum restricta erat, prout quoque idem affirmat Paris. cons. 52. nu. 29. & 35. lib. 3. D. meus Cęph. consi. 114. nu. 29. & seq. ecce igitur quòd propter adiectionem causæ ad alias personas non nominatas. & quibus quoq; prohibitio non facta sit extenditur, quādo contrarietas ob huiusmodi extensionem non fieret, prout erat maxima contrarietas in casu Alex. d. cons. 59. nu. 6. in fin. & nu. 13. quòd non sic est in quęstione nostra proposita. ergo extensio quo ad prohibitionem ad institutos & ad eorum filios fit, ob adiectionem causæ, & propter alias rationes prænarratas. 224

Et id est, quod volunt Rube. & Ruin. quando admittunt pro vera decisionem Alexan. in dicto cons. 59. aliàs Rubeus esset sibimet contrarius in eodem consilio: quia modò affirmatiuè loqueretur, modo negatiuè, & sic titubaret; ergo sibi non creditur, l. eos. C. de fals. idem pariter de Ruino diceretur, qui esset sibimet contrarius, ex quo hanc opinionem meam in alio suo consilio secutus fuit, id est, in consi. 158. num. 14. lib. secundo. quod non est de tantis viris dicendum. ergo doctri

na Rubei, & Ruini est intelligenda secundùm doctrinam Alexandri, iuxtà doctrinam Bartoli in l. non solùm. §. liberationis. ff. de liber. leg. & vt suprà dixi. sed in quæstione nostra proposita hæc contrarietas non erit; quia nunquam alienatio institutis permissa fuit, concurritque adiectio causæ in testamento insertæ, ergo alienationis prohibitio ad institutos, & ad eorum filios quoque extenditur; ergo filij filiorum sunt vocati, & ex coniecturata testatoris voluntate à testamento collecta grauati: quæ tacita voluntas in fideicommissis sufficit, etiam si verba essent defectiua; vt in præmisso meo fundamento dixi. aliàs si alio modo intelligeretur, voluntas testatoris periret, cui fauere debemus, vt illa omninò obseruetur; quia sine dicto fideicommisso in filios & filiorum filios translato, testatoris hæreditas omninò in familia sua non conseruaretur, ex quo ad extraneos transire potuisset, ne ad hoc vt testatoris voluntas pereat, dici debet, dictos institutos & illorum filios fuisse vocatos, & quoque grauatos. ergo cum ita sit, & filij filiorum sine filijs decesserint, meritò si Gaius & eius fratres ad dictum fideicómissum sint vocati, & ad illos fideicommissum pertineat. D. meus Socin. iun. cons. 1. num. 17. & seq. lib. 3. Paris. cons. 41. nu. 63. & pluribus seq. libr. 2. & cons. 52. nu. 24. & pluribus seq. lib. 3.

125 Et quamuis hæc † alienationis prohibitio cum adiectione causę per verba dispositiua in fine testamenti fiat: tamen hoc nihil refert, nam prioritas vel posteritas non attenditur, cum illa prohibitio in eodem testamento fiat. Dominus meus Socin. iun. consi. 78. numer. 38. lib. 3. & præsertim in his vltimis voluntatibus, in quibus omnis verborum rigor & forma postergatur, vbi de testatoris mente constat. nam verba proferétis intentioni seruire debent, & non per contrarium. l. scire oportet. §. aliud. ff. de excusat. tut. c. secundò requiris. de appellat. Dominus meus Socin. iun. in consi. 160. num. 64. lib. 2. ergo ex his concludo in fauorem Gaij & fratrum suorum, non obstante quicquid dixerint Alexand.

xand. Rubeus, & Ruin. in contrarium allegati, quibus responsum fuit per me satis perspicuè, vt ex præallegatis patet.

Et ita tollitur illud, quod in contrarium dicebatur, videlicet quòd filijs filiorum per testatorem nullum grauamen fuit iniunctum, meritò vtique non est tractandum, an illi à testatore vocati, & grauati fuere, vt per Bello. cons. 1. num. 9. in fin. & per alios sequaces in contrarium suprà præallegatos.

Nam nego † quòd filij filiorum in nostra quæstione proposita non fuerint vocati & grauati, & licèt nõ expressè, saltem tacitè, eo modo quo illorum parentes fuerunt, propter tot & tantas coniecturas in testamento insertas, & præsertim ob adiectionẽ causæ per verba dispositiua factam, ex quibus perspicuè deprehenditur, testatorem illos vocare & grauare voluisse, quę tacita voluntas in fideicommissis sufficit, etiam si verba essent defectiua: quanto magis cum sint dispositiua, & non enuntiatiua, vt sæpè dixi & demonstraui, ita quòd illud non dicitur omissum, sed expressum. meritò si ad filios filiorum institutorum extenditur. ita ad contraria respondet Paris. consi. 5. num. 45. & consi. 16. num. 43. lib. 3. & consi. 41. num. 64. vsque ad finem consilij, & consi. 30. num. 32. & sequent. & consi. 37. nume. 21. & sequent. lib. 2. Ruin. cons. 179. num. 7. in fin. & seq. libro 2. Curt. iun. consi. 121. num. 10. & seq. Rube. consi. 68. num. 2. versi. præmissis, D. meus Soc. iun. cons. 1. nu. 27. lib. 3. & D. quoque meus Cæphal. cons. 114. nume. 36. & pluribus seq. vbi dicit, hanc esse receptissimam Dd. conclusionem. 226

Nec quicquam facit dicere, quòd filij sub masculinitatis nomine nominati non dicuntur vocati, existẽte statuto quòd existentibus filijs masculis, filiæ & aliæ fœminæ non succedant, vt in argumento contrario dicebatur.

Nam huic obiecto respondeo & dico, † quòd hæc opinio locum sibi vendicare poterit, cum non extaret nisi illa coniectura huius qualitatis masculinitatis. at 227

verò secùs est quando cum illa coniectura ceteræ coniecturæ concurrant, ex quibus arguatur testatorem omninò eius agnationem conseruare voluisse, & ratio vigeat, tam in istis in conditione positis, quàm in ipsis dispositiuè positis: nam tunc vocati censentur. Paris. cons.5.num.4'.& cons.17.num.29.lib.3. & consi.41.nu. 67.& seq.lib.2.D.meus Soc.iun.cons.78.num.13.& pluribus seq. lib.3. & D. quoque meus Cæphal. consi.114. num.16.& seq. & alij commemorati patres ad id propositum præallegati, vt suprà. sed sic est; in casu nostro quamplures vrgentissimæ concurrunt coniecturæ, vt suprà conglutinaui, ex quibus deprehenditur testatorem per huiusmodi prohibitionem, quæ fuit cum adiectione causæ facta per verba dispositiua, eius agnationem omninò conseruare voluisse, vt sæpè dixi, ergo filij filiorum sunt vocati & grauati. Paris. latè consi.41.num.64.vsque ad fin.consilij, lib.2.& cons.52.nu. 24.& pluribus seq.lib.3.

Nec releuat dicere, quòd substitutiones non sunt addendæ seu somniandæ, ob fauorem agnationis conseruandæ vltra testatoris dispositionem; alioquin ad infinitum substitutiones traherentur, quod non est dicendum. igitur, &c.

228 Ego autem † huic obiectioni respondeo, & dico, quòd in quæstione nostra proposita substitutio non additur, neque augetur, neque vltra testatoris voluntatem & dispositionem somniatur: immò intelligitur secundùm voluntatem testatoris comprehensa, ex tot & tantis coniecturis in testamento insertis, & ex rationibus ex illo collectis, vt supra latè tetigi, quæ coniecturæ ad inducendum fideicommissum sufficiunt. igitur, &c. Paris. latè cons. 41. numer. 15. vsque ad finem consilij, lib.2. & cons. 25. num. 31. & pluribus seq. lib.3. Dominus meus Cæphal. cons.114. num.29. in fin. & seq.

Et cum hac ratione quoque tollitur illud quod dicebatur, videlicet quod fauor agnationis ob prædictã alienationis prohibitionem tantum in casu expresso dicitur

dicitur consideratus, id est, si filij testatoris sine filijs decesserint, & adueniente illorum substitutionis casu..

Nam respondeo, † quòd imò agnationis fauor semper in quæstione nostra proposita fuit consideratus, & non ad Gaium & eius fratres substitutos tãtum fuit restrictus, sed extensus ad institutos & illorum filios, ob rationis identitatem & maioritatem, & ob adiectionem causæ per verba dispositiua factam, vt suprà dixi, & plenè tetigi: aliàs id absurdum nasceretur, videlicet quòd Gaius & eius fratres & testatoris nepotes gradu in longiori sibi existentes, quàm eius filij & sui descendentes, magis à testatore prædilecti, quàm instituti & eorum filij essent. nam honor ob huiusmodi prohibitionem in illis conseruatur, cum familiæ ob paupertatem sordescunt, & per contrarium ob diuitias honorantur, & hac ratione alienationis prohibitio à testatore fuit facta, causa eius agnationem & illius honorem conseruandi; & propterea negari non potest, quin hæc prohibitio ad filios filiorum testatoris descendentium extendatur, aliàs contra commune votum parentum erit. l. si scripto. in fin. ff. vnde libert. ita ad contraria respondet D. meus Soc. iun. consi. 129. num. 36. in fin. lib. 3. Ruin. consi. 151. num. 10. lib. 2. Paris. cons. 43. num. 88. & pluribus sequentib. & consi. 52. nume. 24. & pluribus seq. libr. 3. Crauet. consi. 155. num. 6. in fin. Dominus meus Cæphal. cons. 114. numer. 31. & sequent. 229

Pariterque euacuatur illud quod in contrarium dicebatur, videlicet quòd non sufficit testatorem voluisse ipsos nedum filios vocare, sed etiam filios filiorũ, nisi eius voluntas in dispositionem transiuerit. iuxtà l. si quis filium, & ibi Alex. num. 4. & Ias. colum. 2. versic. limita. ff. de hæred. instit. & ideo non sufficit dicere, quòd si testator fuisset interrogatus, ita verisimiliter respondisset, si eius voluntas in dispositionem nõ transiuerit. igitur, &c.

Quia huic obiectioni respondeo, † & specialiter di 23

eo, quòd allegata in contrarium procedunt, si ex coniecturis in testamento insertis mens testatoris non cóprehenditur, quia tunc magis verba quàm voluntas attenduntur, ex quo testatoris voluntas ita retenta est abortiua, & nihil operatur. l. si repetendi. C. de cond. ob causam: secùs verò erit, si testatoris voluntas ex cóiecturis in testamento insertis deprehendatur, quia tunc in hoc secundo casu voluntas & non verba attenduntur, & præsertim in fideicommissis. Ripa post Dd. in l. hæredes mei. §. cum ita. num. 34. & ibi quoque Forniellus. num. 63. ff. ad Trebel. Cagnol. in l. 1. num. 53. C. de pact. Zuchardus in l. fin. num. 189. versic. pro qua. & num. 190. versi. ad quintum. C. de edict. D. Hadr. tollen. Dec. in his terminis tradit cons. 16. num. 6. & cons. 514. col. fin. vers. vltimò. Ruin. cons. 179. num. 7. in fin. lib. 1. Paris. cons. 35. num. 13. & cons. 25. num. 32. & pluribus seq. & cons. 66. num. 12. lib. 3. Curt. iun. cons. 121. nume. 11. Rube. cons. 68. num. 2. versi. præmissis. D. meus Soci. iun. cons. 1. num. 27. & cons. 78. num. 32. & seq. libr. 3. & D. quoque meus Cæphal. cons. 114. num. 14. & sub num. 29. & pluribus seq. & cons. 169. nu. 12. sed sic est in quæstione nostra proposita, coniecturæ sunt in testamento insertæ. & ex testamento vrgentissimè & perspicacissimè colliguntur, per quas deprehenditur testatoré voluisse, nedum filios suos: sed etiam filios filiorum vocare & grauare; qui filij filiorum sine filiis decesserunt. meritò si Gaius & eius fratres substituti ad fideicommissum veniunt.

Similiterque tollitur illud, quod in contrariũ arguebatur, videlicet, quòd si testator voluisset filijs, & filijs filiorum alienationem prohibere, illosq; vocare & grauare, expressè id fecisset: cum non fecit, ergo noluit. argum. l. vni. §. sin autem deficientis. C. de cad. tol. Crau. cons. 161. num. 14.

31 Ego autem huic quoq; opinioni respondeo, † negãdo testatorem hanc non prohibuisse alienationem, nedum filijs institutis, verum etiam filijs filiorum, cum testatoris voluntas ex coniecturis in testamento insertis,

ris,collectisque apertissimè ita deprehenditur : tum quoque ob rationis identitatem & maioritatem : tum & quoque ob alienationis prohibitionem, cum adiectione causæ per verba dispositiua factam. ex quibus rationibus & verbis fideicommissum inducitur, etiam si verba essent defectiua,quantò magis cum sint clara,perspicua, & in ipso testamento inserta, & leguntur,ex quibus deprehenditur, fideicommissum fuisse inductum per mortem filiorum sine filijs? ita ad contraria respondet D.meus Soc.iun.cons.1.nu.27.vers.& pro eadem,lib.3.Paris.cons.18.num.35.lib.2.& cons.25. num.38.lib.3.Craue.cons.62.nu.14. quia id quod ex rationis identitate venit,semper expressum & non tacitum dicitur.Ias.in l.prætor ait, nu.3. ff. de noui oper. nunt.neq; in hoc casu sumus in extensione: sed in intẽsione tantum. D.meus Cæpha.cons.114.sub num.29. & seq.& num.32.

Per eandemque viam tollitur etiã illa regula, quæ dicit,in hoc casu substitutio non loquitur:ergo nõ facta censetur, vt in vltimo argumento in contrariũ adducto dicebatur.

Sed ego huic argumento respondeo † & dico:quòd illa regula sibi locum non vendicet, quando ex verbis testamenti colligitur,mentem testatoris in cõtrarium esse,vt in præsenti quæstione nostra reperitur,& tacita sufficit:dummodò ex coniecturis in testamento insertis deprehendatur. ita ad d. regulam respondet D. meus Soc.iun.cons.151.nu.9.lib.2.Paris.cons.25. nu.38. lib.3.& in hoc casu semper magis voluntas,quàm verba attenditur,vt suprà sæpè dixi. 232

Et hac ratione videmus, quòd fideicommissum conditionale ad filios regulariter non transmittitur,tamẽ si ex coniecturata testatoris voluntate aliud constare posit,tunc fit transmissibile,& econtra.& ratio est in promptu,quia testatoris voluntas est illa, quæ totum facit,vt dixi in præmisso meo fundamento. ita declarat Paris.cons.66.num.30.& seq.& consi.52. numer.18. lib.3.Ruin.cons.179.num.5.lib.2.D.meus Socin.iunior

cons.

conſ.141.num.20.lib.2.Crauet.conſ.306.num.4.D.meus Cæphal.conſ.114.num.12. & pluribus ſeq. & nume. 34. ita ergo dici debet de ſubſtitutione: quæ licèt expreſſè non fiat, tamen ſi ex coniecturata teſtatoris voluntate, in teſtamento percepta, comprehendatur, teſtatorem voluiſſe ſubſtitutionem efficere, illa cenſetur facta. Dominus meus Cæphal.conſ. 114. num.12.& ſeq. & num.20. & ſeq. ſed ſic eſt. in caſu noſtro perſpicaciſſimè ex coniecturis in teſtamento inſertis, ſæpè per me præallegatis & conglutinatis apparet, teſtatorem voluiſſe Gaium & eius fratres, non ſolum filijs ſuis proprijs, ſed etiam filijs filiorum ſubſtituere, ſi ipſi ſine filijs deceſſerint. cum ergo filij filiorum ſine filijs deceſſerunt, meritò ſi fideicommiſſum Gaio & eius fratribus debeatur, nam purificata conditione perinde habetur, ac ſi ab initio fideicommiſſum purum eiſdem relictum fuiſſet. l. fin. §. Titius. & ibi ſcribentes. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Decius conſ. 187. colum. 1. Pariſ. conſ. 11. num. 63. lib. 1. D. meus Soc. iun. conſ. 194. num. 38. lib. 3. D. meus Rim. iun. in princ. Inſtit. de don. num. 368. & ideo ex his omnibus ſimul coniectis concludo, caſum fideicommiſſi ob mortem filiorum ſine filijs defunctorum obueniſſe, & Gaium & eius fratres ſubſtitutos (illis ſine filijs decedentibus) ad dictum fideicommiſſum eſſe admittendos, & illud ad eos ſpectare ſecundùm teſtatoris voluntatem, & diſpoſitionem expreſſè oſtẽſam, vt ſuprà. & ita credo, quòd quilibet iudex ſani iudicij (adueniente prędicto caſu figurato) diiudicabit.

233 Et redeundo igitur † ad materiam noſtram principalem dico, quòd Epiſcopus pro pauperibus vniuerſaliter inſtitutis, remedium huius l. fin. C. de edict. D. Hadr. tollen. conceditur, arguendo hoc modo. Epiſcopus hæredis officium hoc in caſu pro pauperibus exercet. l. ſi quis ad declinandam. C. de epiſcop. & cleric. Zuchard. in d. l. fin. num. 207. Boer. deciſ. 38. numer. 24. Crauet. conſ. 323. colum. 2. verſ. ſed executor. hæredi itaque vniuerſali in teſtamento ſcripto hoc remedium com-

competit, iuxtà l.fin.C.de edict.diui Hadr.tol.ergo & pariter huic Episcopo, licèt non sit scriptus: tamen pro pauperibus scriptis hæredibus vniuersalibus petendo se in possessionem bonorum, per defunctum tempore eius mortis possessorum, & detentatorum, immitti, nomine pauperum est immittendus; quia illi censentur, qui huiusmodi immissionem petunt. l.certè.§.1. ff.de prec. & prout in simili dicitur de procuratore, tutore, curatore, & de similibus. Bart. in l.fin.nu. 12.C.de edict.diui Hadr.tollen.& ibi etiam Bald.num. 38. vers.idem in Episcopo. Alex.num. 10. Ias. nume.15. Dec.num.29. & Zuchard. num.206. & seq. vbi ad contraria respondet. Aret. in §.quadrupli.num.28. Inst. de act. Dd.communiter in prin. huius articuli præallegati, vt suprà.

Quæ conclusio limitatur non procedere, † quando executor pro pauperibus à testatore institutis relictus sit, cui hoc remedium pro pauperibus, & non Episcopo competit. Zuchard. in d l.fin.num.207. versi. hanc conclusionem. & ideo Alexan.consi.4. numer.17. lib.2. modum practicandi dat, vt primo executori testamentario denuncietur, an executoris officium in testamento testatoris prædefuncti sibi relictum acceptare velit: & si illud susceperit, tunc ex illo casu compelli potest vt ille agat, & remedium d. l. fin. intentet: illo autem inuito & recusante non compellitur ad suscipiendum executoris officium, sed tunc illud ad Episcopum deuoluit, cui hoc remedium dator, vt ibi per Alexand. 234

Et si † executor testamentarius re non agnita decesserit, non institutio caduca fit; quia Episcopus in eius locum surrogatur, qui testatoris voluntatem exequi & adimplere tenetur. Boer. decis.38. nume. 23. nisi de contraria testatoris voluntate constiterit. nã tunc huiusmodi officium non ad Episcopum transibit, sed ad eius hæredes tantum, iuxta testatoris voluntatem. Curt. iun. consl.65. 235

Si autem executor † testamentarius per annum negligens 236

gligens fuerit, tunc illud officium quoque ad Episcopum transibit, l. nulli C. de episcop. & cler. c. nos quidem. de testam. Durant. in tract. de art. test. tit. 7. caut. 6. num. 1. & annus executori currit, si Episcopus eum interpellauerit, quia à die admonitionis sibi emanatæ annus incipit currere, & non ante. Soc. consi. 174. num. 12. lib. 2. Boer. decis. 39. num. 14. & hæc opinio procedit nisi testator tempus à lege datum exequendi executori prorogasset, quod equidem facere potuit. Durant. in d. tract. tit. 7. caut. 6. nu. 2.

237 Et id remedium † quoque Episcopo non competit, nisi prius electione pauperum ab executore testamentario facta, cui hæc eligendi facultas à testatore in testamento attributa fuit: meritò si tunc interim huic tantum executori, & non Episcopo hoc remedium datur, qui executor in hoc officium pauperum institutorum exercet, & illo fungitur, iuxtà l. si quis ad declarádam, iuncta cum l. nulli. C. de episc. & cler. facta igitur pauperum electione, ille executor suo officio functus est. meritò si hoc in casu non executori, sed Episcopo hoc remedium datur. Zuch. in d. l. fin. nu. 211.

238 Verùm siquidem pauperes in re certa sint instituti, hærede vniuersali dato, nõ loco hæredum sunt, sed illi tantum legatariorum loco habentur. l. quoties. C. de hæred. inst. l. 1. §. si ex fundo. ff. eod. tit. Bart. in l. centurio. num. 23. & ibi quoque Ripa num. 106. ff. de vulg. & pup. substit. Paris. cons. 74. nu. 41. & 55. lib. 3. ita quòd executor, vel Episcopus respectiuè agentes vt suprà; loco legatariorum habentur, personas pauperum repræsentantes. nam illi tales iudicantur, quales sunt illi, propter quos dati sunt. & exequuntur. Bart. in l. centurio. nu. 23. ff. de vulg. & pupil. substit. Paris. consi. 74. num. 42. lib. 3. sed sic est. ergo remedium huius l. fi. eisdem non competit. Rip. in l. 1. nu. 16. ff. quor. bon. ipsi autem hoc in casu actiones pauperibus competentes intentabunt. Bart. in d. l. centurio, nu. 23. in fin.

Si nullus autem alius hæres vniuersalis daretur, tunc pauperes loco hæredis sunt, & ideo quoque eorũ agen-

agentes.d.l. si quis ad declinandam.d.l.nulli. meritò si eidem executori Episcopoque respectiuè pro pauperibus, vt suprà, agentibus in isto casu hoc remedium concedatur. Alex.cons.4.num. 16.lib. 2. Paris. cons.74. nu.57.lib.3.Ripa in d.l.centurio.nu.105.& ad id propositum conferunt ea, quæ aliàs dixi in illo articulo, vbi disputaui,an & quando remedium huius l.fin. hæredi competat in re certa instituto, hærede vniuersali dato: ad quem locum me reijcio.

Sed si pauperes in re certa substituti sunt,† per verba directa & ciuilia,& hæres vniuersalis testatoris hereditatem recusauerit, & tunc proculdubio pauperes per ius accrescendi ad vniuersam hæreditatem censentur vocati.Bart.in d.l.centurio.nu.35. & ibi etiam Ias. num.35 & Ripa num.95.& seq.Paris.cons.74.num.67. lib.3. & tunc executoribus pauperum hoc remedium competit. 139

Si verò pauperes ad rem certam per verbum commune & obliquum sint vocati,& tunc non possunt dici per ius accrescendi ad vniuersum & totum ius hæreditarium vocati.Bart.in d.l.centurio,nume.32.& sequent.& ibi etiam Doct.Paris.d.cons.74.nu.15.Dominus Soc.iun.cons.64.num.15.lib.3. meritò si hoc in casu remedium huius l. fin. pauperum executoribus denegatur.

Fiscus hæreditatem † indigno hæredi in testamento scripto auferens loco ipsius hæredis habetur. l. inter eos.§.fin.ff.de fideiuss.l.2. C.ad leg. Iul. de vi, & in fiscum iura actiuè passiueque hæreditaria transeunt, & creditorib. hæreditarijs satisfacere tenetur.l.ex facto.§.ex facto.vbi Rip.nu.5.ff.ad Treb.& ius tā agendi, quàm conueniendi excipiendique in fiscum transit.d. l.2.& ibi Salicet.Corn.consi.190.num.4.lib.1. Cagnol. in l.in pari. §. hi qui, num.1. ff.de regul. iur. Dominus meus Socin.iun.consi.74.num.74.num.9.lib.3.Roland. consi.31.num.33. & sequen. hæredi vtique scripto remedium huius l.fin.competit. d. l. fin. ergo & fisco in locum huius hæredis scripti surrogato:nam sicuti in- 140

digno

digno daretur, pariter & quoque huic fisco in eius locum surrogato conceditur. Bald. in d.l. fin. num. 38. versic. idem in hærede, & ibi quoque Zuchard. nume. 226. Aret. in §. quadrupli. num. 28. circa medium. Inst. de act. & in hoc non differt id remedium à petitione hæreditatis, quæ fisco quoque competit. Dec. cons. 235. col. penult. propè fin.

241 Nec obstat dicere, † quòd ille, à quo hæreditas tanquam indigno aufertur, saltem nomine non desinit hæres esse. Ias. in l. ex facto. §. Iulianus, num. 3. ff. de vulg. & pupil. substit. & ad hoc vt fiscus hæredi indigno hæreditatem auferat, necesse est, quòd hæreditatem adiuerit & hæres effectus sit, aliàs si illam repudiaret, fiscus hæreditatem indigno non auferret, nisi constaret eundem illam repudiasse causa fiscum fraudandi. Soc. in l. 1. num. 30. ff. de vulgar. & pupil. substit. Ias. in l. ex facto. §. Iulianus. num. 2. ff. eod. tit. Corn. consi. 141. nume. 4. lib. 4. Mars. cons. 93. num. 15. & 18. dominus meus Soc. iun. cons. 3. num. 14. & 16. lib. 3. & quando fiscus in locum hæredis succedit, non tanquam hæres, sed vt possessor, & non ad onera tenetur, nisi quatenus bonorum vires patiantur, & non vltrà. Ange. in l. inter eos, §. fin. post alios scribentes ibi. ff. de fideiuss. Soc. in l. 1. num. 0. ff. de vulg. & pupil. substit. & cons. 46. num. 21. lib. 4. Corn. cons. 190. num. 4. lib. 1. etiam si inuentariũ non confecerit. Ripa in d. §. ex facto, num. 7. sic igitur fiscus non erit propriè, sed impropriè hæres. Bald. & Ang. in l. inter eos. §. fin. ff. de fideiuss. Rip. in l. ex facto. §. si quis autem ita. num. 13. ff. ad Treb. Curt. sen. consil. 14. nu. 2. Soc. cons. 46. num. 21. lib. 4. si ergo fiscus non erit propriè hæres, sed impropriè, & bonorum possessor efficiatur & non hæres, cum ille, à quo hæreditatẽ vt indigno aufert, non desinat nomen hæredis habere, sequitur vtique conclusio clara, quod remedium d. l. fin. eo in casu, fisco non competat, cum solum hæredi scripto concedatur. l. fin.

Sed ego huic argumento respondeo & dico, quòd allegata in contrarium procedunt, si fiscus ex sua persona

sona petere voluisset, se in possessionem bonorum testatoris tempore eius mortis possessorum vel detentatorum immitti, iuxta d.l.fin. secùs verò est, si peteret se in possessionem immitti, tanquam ex indigni persona prouenientẽ, & tũc proculdubio admittitur. Zuch. in d.l.fin.nu.226. prout in simili tetigi suprà in illis articulis, vbi disputaui, an hæredi hæredis hoc remediũ competat, quæ allegata ibi ad id propositum faciunt, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam.

Et omnia beneficia, quæ confiscati sunt, fisco quoque competere censentur. Bal. in l. inter eos. §. fin. ff. de fideiuss. & sicuti fisco hæreditatis petitio competit, licèt non sit propriè hæres. Corn. consil. 278. num. 12. & seq. lib. 4. Deci. cons. 235. col. pen. propè fin. ergo & remedium id fisco competere potest, qui ex indigni persona, & non ex sua proueniat. Zuchard. in d. l. final. nume. 226. & vt suprà sæpè tetigi, præsertim si hæres scriptus nondum tenutam bonorum hæreditariorum adeptus sit, aliàs si dictorum bonorum tenutam accepisset, fiscus ex persona hæredis ad huiusmodi remedium venire non potest, quia in hoc secundo casu sibi hoc remedium non competeret. Zuchard. in d. l. fin. nu. 226. in fi. 242

Et tu semper aduertas fiscalis procurator, quod quando intentas remedium d.l.fi. facias probare (vltra testamenti exhibitionem) quòd hæres, in cuius locum fiscus successit & surrogatur, erat indignus, & sic similiter dicendum erit de alijs similibus personis, quæ aliquid extrinsecùs vltra testamẽti exhibitionem probare tenentur. Areti. in §. quadrupli. num. 28. circa medium. Instit. de act. & vt aliàs suprà in præcedentibus articulis dixi.

Et hæreditas quoque quando est iacens, curator ipsi hæreditati datur, cui etiam hoc remedium competit. Dec. cons. 509. in fi. 243

De citatione possessoris, & nulliter immisso possessore non citato. eleganter pertractata quæstio. nu. 244. 250.

244 Et quando hæres testamentarius petit se in possessionem immitti, quæro an pars sit citanda. Bartol. in dicta l. fina., numer. 16. hoc modo distinguit, si bona à nemine possideantur, non tunc partis citatio requiritur: nam si bona sint vacantia, non est qui citetur, & sicuti possessionem vacantem sua auctoritate potest accipere. l. cùm hæredes. ff. de acquir. possess. ita & pariter si ad iudicem adiuerit: quia hoc in casu citatio non est necessaria. quam eius doctrinam secutus fuit Bald. in d. l. fina. num. 5. & sequen. Salicet. num. 16. circa medium. Alexan. num. 16. Ias. num. 18. Dec. nume. 32. & Zuchard. num. 266. Aret. in §. quadrupli. num. 29. versic. re quæro. Instit. de act. Marsil. in l. de vnoquoque. nu. 79. ff. de re iud. Rip. in rub. ff. quor. bon. num. 2. ver. quinta differentia.

245 Alij autem censuêre, quòd citatio saltem generalis requiratur: nam posset esse, quòd venientes ab intestato lædantur, ergo sunt citandi. l. nam ita Diuus. ff. de adopt. Curt. Iun. in d. l. fin. nu. 63. Pract. Pap. in form. lib. quo pet. hæred. ex testam. in gl. quare cùm.

Cæteri autem existimauere, id procedere & esse verum, ad finem præiudicandi incertis ab intestato venientibus: nam eo in casu citatio saltem generalis requiritur, verùm ad validitatem huius iudicij, & huiusmodi sentētiæ interlocutoriæ ferè nullius momenti & præiudicij citatio non requiritur. Zuchard. in d. l. fina. nume. 267. subdens ibi quoque Zuchard. id procedere, si bona ab alio possideantur, sed ignorantiam hæres illius possessionis haberet, quia tunc non requiritur eius citatio, nam paria sunt non esse, vel esse & non apparere. & istud est quo ad validitatem sententiæ, sed quo ad præiudicium aduersarij incerti citatio generalis est necessaria & requiritur, vt ibi per Zuchardum.

246 Sed tu tempera id vltimum procedere & esse verum, quando de ipso possessore certitudo diligenti inquisitione facta de facili haberi non potest: nam tunc citatio generalis sufficit. si autem certitudo de posses-

sore

sore facilè haberi potest, tunc non requiritur citatio generalis, sed specialis tantùm. Anch.cons.133.nu.3. in fi.& seq. Alex.cons.5.nu.2.lib.2. & cons.98.nu.4.lib. 7.Soc.cons.13.nu 5.lib.4. Zuchard.in d.l.fi.num.108.& seq.& num.270. Crauet.consi.221.num.11. Vant.in tracta.de nullitate in titu. ex defectu citationis. num.142. etiam si statutum citationem per proclama fieri permitteret: nam intelligitur quo ad illos, qui ius in re habent, sed faciliter nescitur, non autem quoad possessorem, cuius scientia faciliter per inuestigationem habetur. Alex.cons.5.col.2.in princ.libr.2.Ruin.cons.67. nu.25.lib.5.

Et ideo si aliquis possidet & certus sit, specialiter est citandus, secundùm doctrinam Bartoli in d.l.fi.nu. 16.quæ ibi à Doctoribus communiter recipitur præallegatis. Marsil.in l.de vnoquoque.nu.145.ff.de re iudi. Paris.cons.31.nu.29.& seq.lib.4.Vant.in tracta.de nullit.in tit.ex defectu citationis.nu.141.in fi.& seq.Crau. cons.172.nu.10.in fi.D.meus Cæpha.cons.203.nu.17.ratioq; est in promptu: quoniam etiã iniustus possessor non priuatur sua possessione, nisi prius citetur.c.licèt Episcopus.de præb.in 6. Ias.in l. si pacto quo. nu.9.C. de pact.Doct.communiter præallegati vt suprà. 247

Et si hæres quoq; iudicis auctoritate in possessioné possessore non citato ingrediatur, à pœna l.meminetint.C. vnde vi. non excusatur, allegans se ignorasse, possessionem fuisse plenam, vt tradunt communiter Scribentes in l.iustè possidet.ff.de acquir.poss.Ias.in l. iubere.nu.4.in fi.ff.de iurisdict.om.iudi. Ripa in l.naturaliter.§.nihil commune.nume.59 ff.de acquir.poss. Zuchard.post scribentes ibi in d.l.fin.num.108. & seq. Anch.cons.133.nu.4.Alex.cons.5.num.2. lib.2. D.meus Soc.Iun.consi.18.nu.28.& seq.lib.2.Crau.cõs.221.nu.11. Vant.in tract.de nullit.in tit.ex defectu citationis.nu. 142.in fi. etiam si decretũ aliquo in casu concederet potestatem hæredi propria auctoritate possessioné accipiendi: nã tale decretũ intelligitur, quãdo possessio est vacãs, et ab alio nõ detinetur, cũ em possessio est detéta 248

possessoris citatio requiritur. Deci.in d.l.fi.num.5.Ripa in d.§.nihil commune.nu.59. & hoc in casu iudicis auctoritas iniustè vel non ritè procedentis ipsum ita ingressum à restitutione fructuum perceptorũ & percipiendorum non excusaret. Ias.in d.l. iustè possidet. nu.27.declarando & limitãdo hanc opinionem, vt infrà in materia legitimi contradictoris, & quoque in subsequenti quæstione dicam.

249 Et tu procurator semper aduertas ad illud, quod suprà dixi, videlicet, quòd possessor sit citandus, dico istud esse verum, quando hæres nedum peteret se in possessionẽ immitti, sed & quoq; petit se in possessionẽ induci & immitti: nã tunc possessoris citatio requiritur, ex quo ille nõ sua priuatur possessiõe, nisi prius citetur d.c. licet Episcopus. & quando iura permittũt absque citatione fieri, loquuntur non existente legitimo possessore. Bal.in d.l.fi.nu.41.prope fi. & ibi etiam Salic.nu.17.vers.item addit. & Zuchard.num.347.secùs verò erit (etiam existente possessore) quando hæres scriptus tantùm peteret pronunciari & declarari, se hæredem esse, & in possessionem immitti debere: nam in hoc vltimo casu reor, quòd necesse non sit possessorem citari, ex quo tunc non de sua tractatur possessione, nec de remouendo illum ab ea. Salice. & Alexan.in d.l.fina.num.16. & ibi etiam Zuchard.num.268. & seq. benè autem laudarem, quod iudex in sua pronuntia ad abundãtiorem cautelam, semper ius tertij reseruaret, vt etiam dicit Bal.in d.l.fi.num.41. Zuchard.num.267. vers. & ideo cautè.

250 Conclusio mea est perspicacissima secundùm crebriorem Doct.conclusionem, quòd hæres scriptus à iudice seu ab eius executore in possessionem non immittitur, nisi possessore prius citato, si possessor extaret.d.c. licèt Episcopus. ponamus ergo, quòd hæres scriptus (possessore non citato) in possessionem immissus fuit, si post immissionem possessor coram iudice compareret, diceretque dictam immissionem fuisse nul-

sè nullam, neq; in sui præiudicium fieri potuisse: quia fuit facta nulliter & de facto, illo non citato, neque suis iuribus auditis, & intellectis, & absque causæ cognitione, ideo tamquam nulla est omninò reuocanda, & quatenus de facto processit, de facto quoque instat illam reuocari, iuxta regulam l. primæ. §. 1. ff. si muli. ventr. nom. & hoc per l. fina. C. si per vim, vel alio modo.

Et hoc quoque in casu Butrig. in l. fina. C. de edict. Diui Hadri. toll. instruit aduocatum illius, qui in possessionem immissus fuit, quòd replicet dictam immissionem fuisse & esse validam, & quatenus nulla sit, (quod non credit) tunc & eo casu petit illam de nouo sibi dari, cùm notorijssimè constet, bona dictæ possessionis iam fuisse per testatorem defunctum tempore eius mortis possessa, vel detenta, & illam nouiter datam confirmari, ex quo partis aduersæ non interest, hanc reuocationem fieri, & ideo illa possessio ita nouiter data erit confrmanda. argum. l. primæ. C. de Caruit. bon. edict. l. fina. ff. quod cum eo. vt dicebat Butriga. in l. fin. C. de edicto D. Hadria. toll. quam eius doctrinam secutus fuit Salic. ibi in d. l. fi. num. 20. vbi illam à nonnullis defendit impugnationibus, quæ in contrarium vrgere videbantur. idem tradit Ange. in l. si finita. ff. de damno infecto. & ibi etiam Alexan. nu 8. idem Aret. in §. quadrupli. num. 33. Instit. de act. Dom. meus Cæphal. cons. 168. num. 60. & cons. 223. num. 22. & ratio (vt dixi) est in promptu: nam illud quod nulliter est factum reuocari nõ debet, cum de nouo sit faciendũ, vbi non factum sit. per text. clarum in l. fin. §. fin. ff. quod met. cau. Ias. in l. fin. num. 18. C. de edicto D. Hadria. toll. & in l. si pacto quo, num. 11. ver. tu limita. C. de pac. & ibi etiam Curt. Sen. num. 8. & Dec. num. 5. & idem Deci. in c. cum cessante. num. 21. prope fin. de appell. & in c. 1. colum. fi. de confirm. vtil. vel inutil. & consi. 191. in fin. & consil. 449. num. 17. & sequ. Ruin. cons. 91. colum. fin. lib. 5. Curt. Iun. cons. 127. nu. 5. Paris. cons. 41. num. 15. libr. 1. & cons. 81. nu. 17. lib. 2. Gram. cons. 2. nu. 11. in ciuil. & cõs.

 40. nu.

40.num.27.in crim. Crau.consil.65.nu.4. & consil.140. num.9.& cons.179.nu.6. Dominus meus Cæphal.consil.168.num.60.& consi.213.num.22. Negusan.in tracta. de pignor.in secundo membro tert.part.nume.23. Cagnol.in l.nemo prædo.nume.3.ff.de regul. iur. ex quibus patet hanc esse communem Doctorum opinioné, prout etiam illam asserit sequendo Vantius in tracta. de nullita.in titu.quib.mod.sent. nulla defend. num. 124.& seq.

Et hæc opinio tantò fortius in nostro pręsenti casu procedit testamenti fauore, quòd executionem habet paratam.vt habetur in l.fi.C.de edict.D.Hadr.toll. notoriamque rem facit. vt per Abb.in c. cùm olim.de cens. quare igitur testamento exhibito recuperare nitens repellitur.Durant.in tracta.de art.testam.titu.11. caut.20.nu.8. cumque executio excludit id, quod non excludit transitus in rem iudicatam. Zuchard.in l.fina. num. 367.C.de edict.D.Hadr.toll. faciliusque semper exceptio conceditur, quàm noua actio. Ias.in l. impuberibus.nu.8.ff.de acqui. hæred. iustiusque est perperàm factum confirmari, quàm nouo iudicio instituto illud idem consequi.Gramm.consi.40.nu.27.in crimi. multaque per modum excipiendi consequuntur, quæ non per modum agendi consequerentur. vt in his terminis tradit Pract.Pap.in form.libell. quo pet.hæred. ex testam.in glo.ac etiam num.2.nimirum vtique est, si hæc immissio sustineatur confirmeturque, cùm nouiter sit danda, illaque data est confirmanda. l.fi.§.fina.ff. quod met.caus.attento quòd iudex nō leuiter à se impetrata reuocare debet, sed potiùs confirmare. Curt. Iun.consf.127.nu.5.

251 Alij autem contrarium censuêre, tenentes huiusmodi immissionem ordine non seruato, neque citata parte factam, non posse de iure confirmari vel de nouo dari. Ias.in l.2.num.112.C.de iure emphyt. Dec.in l. fi.num.35.C.de edicto D.Hadria.toll. Plot.in l.si quando.nume.97.C.vnde vi.Anchar.consil.292. & post eum Roman.consil.158.num.4.& seq. vbi dicit, quòd imperiti

riti sunt. qui allegant Ang.in d.l si finita. Gramm.consil.86.num.27.& sequ.& magis amplè consil.150. num. 21.& sequen. in ciuil. Paris. consil.41.nume.23.& pluribus sequ.libr.1. Roland.consil.5 .nume. 18. & consil. seq.num.12.& pluribus seq.libr.2. Decis.Pedemon.34. nu.12.& seq.

Neque hæres hoc in casu replicare poterit, quod immò fuit aliqua, & quatenus sit nulla, petit confirmari, vel de nouo dari. Bart.in l.fina.colum.fin.versic. si verò venit.C. de edicto D.Hadria. tollen. cumque à iudice spoliatus ante omnia est restituendus. Dec.in l. fina.num.35.C.de edict.D.Hadria.toll. & in c.referente.num.2.de præben.Rub.in l.naturaliter.§.nihil commune.num.105.in fin.& ibi etiam Ripa num.58. & seq. ff.de acqui.poss.Doct.communiter in l. iustè possidet. ff.de acquir.posses.Dominus meus Socin.Iun.cons.92. lib.1.nam tunc pro iudice non præsumitur, qui possessore non citato concesserit hæredem in possessionem immitti, nullo iuris ordine seruato. Barto.in l.meminerint.num.2.in fin.C.vnde vi. Abbas in c.conquerente.nume.3.de restitu.spol. Ripa in d.§.nihil commune. num.60.Gramm.d.consil.150. num.23. Paris.consil.125. num.32.& seq.lib.1.Marsil.in pract.§.secundo.num.81. Alciat.in tracta.præsumpt.regula3.præsumpt.9. num. 23.& sequ.dominus meus Cæphal.consil.289.nume.13. Roland.consil.6.num.35.lib.2.immò iudex procedendo iuris ordine non seruato priuata persona censetur, violentiamque committere dicitur. Ripa in d.§.nihil commune.num.59.Gramma.d.consil.150.nume.38.meritò si possessio ita obtenta, tanquam violenter occupata, non sit confirmanda, cùm improbo possessori auctoritas retinendi non detur.l.3. & ibi Scribentes.C. vnde vi. Iason in l.iustè possidet.nume.5.ff.de acquir. possess. Zuchard.in l.fina.nume.181.C. de edicto Diui Hadria.tollen. dominus meus Socin.Iun.consi.127.nu. 10.lib.2.

Et id etiam procedit, si spoliator Principis auctoritate in possessione confirmaretur : nam adhuc 252

ſpoliatus reſtituendus eſt confirmatione principis nõ obſtante.d.l.3.& l.fina.C.ſi per vim vel alio modo. Iaſon in d.l.iuſtè poſſidet.num.5. & in l.clàm poſſidere, §.qui ad nundinas. num.26.ff.de acquir. poſſ. Rubeus in dicto §.nihil commune.num.90.& ſeq. & ibi etiam Ripa num.63. Alexan.conſ.3.num.9.libr.5. Gramma.d. conſ.150.num.13. Craue.in d.tract.de antiq.temp.in 4. part.num.209.Roland.conſ.6.num.31.& ſeq.lib.2.nam poſſeſſionem iniuſtam non tuetur prætor. l.communi.§.inter prædones.ff.communi diuid.l.2. & 3.ff.vti poſſid.l.improba.C.de acquiren.poſſ.deciſ. Pedemontani 34.ſub num.26. & in eo caſu quoad poſſeſſionem, non tantùm fit reſtitutio poſſeſſionis, ſed etiam fructuum perceptorum, quos non ſuos facit. Felin.in c. Eccleſia Sanctæ Mariæ.nume.25.de conſtitu. & ita fuit iudicatum per Senatum Pedemontanum, vt in eius deciſ.99.ſub nu.27.liquidò conſtat. Iaſ.in d.l.iuſtè poſſidet.nu.27.

253 Et ſpoliatus quoque ad omnes expenſas in lite, conuocandiſque etiam amicis factas, & ad omne ſuum intereſſe per eum paſſum, vſque ad vnum minimum quadrantem reſtituitur.Iaſ.in auth.qui rem.num.16.verſ. quintò adde.C.de ſacroſ.eccleſ. Ripa in d.§.nihil commune.num.50. Plot.in l.ſi quando. num.732.& ſeq.C. vnde vi.Curt.Iun.conſ.41.num.16.verſ.quintò. Crau. conſ.140.num.3. Roland.conſ.6.ſub num.42.& ſequen. lib.2.

254 Et hæc concluſio non tantùm contra ſpoliatorem procedit, ſed quoque contra illum, qui ſpolium ſuo nomine ratum habuit. Ripa in d.§.nihil commune. num.51. immò ſpoliatus per tantum tempus in poſſeſſione remanere debet, quantum ſpoliator ſtetit, antequam ſuper iuribus ſuis audiatur. Crau. conſ.140.nume.3.Roland.d.conſil.6.nu.43. at ego id vltimum cenſeo eſſe verum ſi omnibus bonis ſuis, vel maiori bonorum parte ſpoliatus ſit, aliàs ſecùs eſt.Rip.in d.§.nihil commune. numer. 49. ſed ſatis nobis eſt, quòd poſſeſſionis reſtitutio ante omnia fit, & hoc in caſu ordo

ordo est reuocare etiam absque litis contestatione, quòd inordinatè factum est. Ripa in d.§.nihil commune, num.186. Grammat.d.consi.150.num.18. Paris.cons. 41.num.25.& sequen.lib.1.Rolan.consi.5.num. 18. libr. 2.dummodò hanc reuocationem citata parte faciat. Soci.consi.32.propè fin.lib.1.si processerit citatio in spoliatione, aliàs secùs erit. Gram.consi.150.num.20. & sequen.in ciuil.

Et sicuti iudex fuit facilis ad faciendum, ita facilis debet esse ad perperam factum reuocandum, d. l. 1.§.1. ff.si mulier ventr.nom. &c. Ias. in l. quod iussit, nu. 32. in fin.& seq.ff.de re iud.Zuchard.in l.fin.num.109.vers. & sicuti.C.de edict.D.Hadr.tollē. Paris.consi.100. num.30.& seq.libr.1. Rolan. d.cons.5. num.18. Vant.in tract.de nullit.in tit.quid sit nullit.& vnde dic. nu. 17. ergo ex his patet restitutionem omninò fieri debere, & possessionem nullo modo spoliatori esse confirmandam, nam non illam tanquam ex abrupto concedere potuit. Paris.consi.100.num.30.& seq.lib.1.Rol.d.consi.5.num.20.& hæc est opinio Dd. contra aliam opinionem præallegatam. 255

Cæteri autem has volentes concordare opiniones hoc modo distinxere, quòd prima opinio quæ fuit Butrig.& Salic.in l.fin.C.de edicto D. Hadr. tollen. possit procedere, quando spoliatus simpliciter petit pronunciari & declarari, dictam immissionem fuisse nullam, & si immissus in possessionem negaret, illam fuisse & esse nullam, & quatenus nulla appareat (quod nō credit) petit illam sibi de nouo dari, & datam confirmari, ex quo notoriissimè de iuribus suis constat, tunc si spoliatus nihil eidem replicaret, consentire censetur, qui tacitus consensus in non replicando sufficit. c.1.de restitut.spol.Alexan.in d.§.nihil commune, nume.31.& ibi etiam Ripa num.72.Socin.in l.iustè possidet.num.8.ff.de acquir.possess.Zuchard.in l.fin.nume. 353.C.de edicto diui Hadr.tollend.Dec.consi.84.col.2. in fin.Paris.consi.11.num.18.& consi.118.num.9.& consil.107.num.25.& consi.1.num.172.lib.2. Crauet.cons.1. num. 256

num.11. Neguſ. in tract. de pignor. in 2. membr. 3. part. num. 22. Berous quæſt. ſuis famil. quæſtio. 3. num. 4. meritò ſi hoc in caſu poſſeſsio ſpoliatori nouiter daretur, & data confirmaretur. Gozad. conſ. 50. nu. 19. Crau. conſ. 302. num. 5. & ſeq. Pariſ. conſ. 53. nume. 107. & ſeq. lib. 3. & in his terminis loquuntur Butrig. Salic. & alij eorum ſequaces.

257 Si verò ſpoliatus † ſpoliatori replicat, ſe ante omnia reintegrari debere, & hoc in caſu hæc ſecunda opinio procedit, videlicèt, quòd poſſeſsio nulliter accepta non confirmatur, immò ipſe ſpoliatus ante omnia reſtituitur. Soc. in l. iuſtè poſſidet. num. 8. ff. de acquir. poſſ. Dec. conſi. 84. num. 2. & conſi. 200. num. 2. Neguſ. in tract. de pignor. in 2. membro, ſecundæ partis, num. 22. quia improba poſſeſsio non confirmatur. dicta l. 3. & vt ſuprà dixi. quare igitur Zuchard. in dicta l. fin. num. 273. C. de edicto diui Hadr. tollend. dicit, quòd prima opinio procedere poteſt in omnibus caſibus, in quib9 ſpoliatus ante omnia non ſit reſtituendus. & per contrarium quòd ſecunda opinio procedit in omnibus caſibus, in quibus ſpoliatus ante omnia ſit reſtituendus. quos caſus congeſſit & declarauit Ripa poſt Alexandrum & Doct. in dicto §. nihil commune, numer. 46. & pluribus ſequentib. vbi regulam cum ſuis ampliationibus & fallentiis ponit, declarando ibi, in quibus caſibus ſpoliatus ante omnia ſit reſtituendus, vel non.

Mihi autem hæc Zuchardi concluſio non placet, tãquam nimis generalis, neque noſtro caſui benè adaptatur, ſi rectè aduertatur, nam in materia recuperandæ ſpoliique non ſit poſſeſsionis reſtitutio ante omnia, vel poſſeſsionis confirmatio, etiam in caſibus in quibus reſtitutio etiam ante omnia fieri deberet, niſi lite prius conteſtata, cauſaque ordinariè cognita, ſeruatiſque ſeruandis. Iaſon poſt Dd. in dicto §. nihil commune. num. 165. & 167. & ibi etiam Ripa num. 182. Zuchar. in l. fin. num. 439. C. de edict. diui Hadria. tollen. & hæc eſt communis Doct. opinio, vt illam refert & ſequitur

Ro-

Roland.consil.91.numer.4.lib.secundo.

Et litis contestatio est lapis angularis totius iudicij, cuius omissio totum vitiat processum, quæ litis cōtestatio per iudicem etiam de consensu partium regulariter tolli non potest. Vant. in tract. de nullit. in tit. ex defectu process. num. 28. & 30, Rolan. cons. 75. nu. 34. & seq. lib. 2. sed sic est, ergo restitutio vel confirmatio fieri non potest, nisi prius lite contestata & seruatis seruandis, vt suprà dixi. at hic in quæstione proposita, cognitio possessionis tractatur, quæ hæredi per iudicem possessore non citato, nulloque iuris ordine seruato attributa fuit, an sit reuocanda vel de nouo danda, & nouiter data confirmanda, quæ cognitio absque litis contestatione fit. Bar. in l. fin. colum. fin. vers. si verò non allegat. C. de edict. diui Hadr. tol. Rip. in d. §. nihil commune, num. 186. cum ordo sit reuocare sine ordine, quod inordinatè factum est. vt ibi per Rip. & vt aliàs suprà dixi. ergo de materia spolij & reintegrandæ, in qua restitutio cum causæ cognitione fit, in casibus in quibus spoliatus reintegrari, vel spoliator in illa confirmari deberet, tanquam à nostro casu diuersa non fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de min. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acq. poss. 258

Præterea si eius possessio violenter fuit, vt præsupponit Zuchar. in loco allegato, videlicet, quòd illa fuerit, de qua in quæstione sua, nonne ergo ab omni iure suo cecidit? certè sic, per tex. l. meminerint. C. vnde vi, & vt aliàs suprà tetigi. si ergo ab omni iure suo cecidit, ergo ad huiusmodi suæ possessionis confirmationem non admittitur, cū improbus possessor in possessione retineri non debeat. l. 3. & ibi scribentes. C. vnde vi. Prætorque iniustam possessionem non defendit. decis. Pedem. 34. sub num. 26. ergo absque eo, quòd spoliatus replicat, se ante omnia reintegrari, spoliator in ea non confirmatur, d. l. 3. & licèt probationes pro spoliatoris parte sint factæ, tamen nihil releuant, cum impertinentia deducta, vel in causa probata causam non coadiuuant, l. ad probationem, C. de probationibus. 259

Anch.

Anch.consi.292.num.3. Alexan.in l.fin.num.23.in fi. C. de edict. D. Hadr. tollen. ergo opinio Zuchardi ex his non videtur vera.

260 Ripa verò, qui hanc sentit difficultatem, † videtq; omninò leges ad se inuicem contrariantes esse, nam text.l.meminerint,& l.fin. C.vnde vi, possessorem nó permittunt ex abrupto, eoque non citato sua priuari possessione, & si possessor inordinatè remoueatur, túc spoliator vim possessori infert, & successiuè ab omni iure suo cadit.

Deinde autem alia ex parte Ripa videt text.l.fin.§. fin.ff.quod met.causa, totum decidentem contrarium, nam licèt quis impulsus sit sine iuris ordine soluere, & solutio nulliter sit facta: tamen si illius creditor reperitur verus, cui soluit, decidit ibi Iurisconsultus, quòd inciuile esset solutionem respectu veri debiti factam infirmare, ecce igitur quanta contrarietas his in legibus reperiatur. Et ideò multi has enixi fuerunt cócordare leges, & plures eisdem attulerunt responsiones, vt videri à Ias. potest in l.iubere.nu.5. ff.de iurisd. omnium iud. & à Grammat.cons.150. num. 33. in ciuil. & à Ripa in d.§.nihil commune, nu.74.tandem Rip.ibi volens has euitare contrarietates, pro sua vltima opinione concludit, quòd tenuta nulliter concessa per iudicem confirmari debet, si petatur, & de iure petentis constet, nisi ex códitione d.l.meminerint.agatur; nam tunc eo in casu nullo modo huius possessionis confirmatio fieri potest, vt ibi clarè per Ripam. si possessionis igitur confirmatio prçter dictũ casum fieri potest, sequitur vtique quòd omnibus in alijs casibus præter exceptum, si de iure petentis constat, possessio immisso confirmatur, cum exclusio vnius sit alterius inclusio.l.cum prætor.ff.de iud.

Mihi autem quoque non placet, quòd hæc Ripæ opinio ita indistinctè intelligatur, prout ipse loquitur. nam si sit verum, quòd præter casum prædictum in cęteris omnibus casibus indistinctè, vbi constat de iure petentis confirmationem, possessio illius (licèt nulliter

ter sibi assignata fuerit) confirmatur, sequitur quòd ipse Ripa de directo loquatur contra text. c. porrò, de diuort. vbi parentela erat publica, & notoria, & tamen dicit ibi text. quòd maritus ad suam recipiendum vxorem compellitur. ecce quòd non sufficit, vt res sit notoria, quin ante omnia restitutio fiat. si fit ergo restitutio, ergo non confirmatur, etiam existente notorietate dictæ parentelæ, ergo ex his patet Ripam malè loqui, si ita indistinctè intelligatur, prout loqui videtur.

Et per contrarium ad id etiam facit l. si coloni. C. de agric. & censi. libr. 11. nam ibi violentia non aderat, & tamen ante omnia dicti serui restitutio fit, reiecta dominij exceptione, & hoc quoque ob generalitatem c. reintegranda. 3. quæst. 1. quod c. loquitur, siue spoliatus per vim à possessione ceciderit, siue per quamcunque causam, ergo patet, quòd etiam cessante violentia in possessorio reintegrandæ proprietatis exceptio reijcitur. Alex. in l. naturaliter, §. nihil commune. nume. 15. & seq. & ibi quoque Ripa num. 73. ff. de acquir. possess. & hæc est magis communis, vt refert sequẽdo Ias. in l. rem quæ nobis. num. 19. ff. de acquir. possess. iuxtà quam opinionem Ias. ibi asserit se consuluisse: & ratio quippè est in promptu, quoniam prædo etiam ante omnia est restituendus. c. in literis. de restit. spol. & potest stare, quòd dominium sit tuum, & quod hanc possessionem habeam: nam proprietas cum possessione nihil commune habet. d. §. nihil commune. & ibi Ias. nume. 20. quæ proprietatis quæstio reseruatur, prius restitutione possessionis facta. d. l. si coloni. etiam si incontinenti spoliator plenariè suum offerat probare dominium, non auditur, nisi prius restituta possessione spoliato. Ripa in d. §. nihil commune. numer. 52. & hoc per text. c. literas. §. propterea. de restit. spol. ergo ex prædictis patet, quod opinio Ripæ in d. §. nihil commune. num. 74. non videtur indistinctè vera, aliàs sequeretur destructio totius materiæ. d. l. si coloni. & frustratoriè elaborassent Ripa & cęteri Dd. inaneque denigrassent mem-

membranas, in ponendo regulam cum tot, & tantis ampliationibus limitationibusque in hac spolij materia, prout omnes Doct. fecerunt in d. §. nihil commune. si tota spolij conclusio, ac eius materia in hac tantum propositione firmissima resolueretur, prout affirmabat Rip. in d. §. nihil commune. nu. 74. videlicet an constet de iure ipsius confirmationem petentis, vel non. si constat, nunquàm datur reintegratio, nisi quando intentaretur remedium d. l. meminerint. si hæc igitur propositio Rip. fuisset vera, destruerentur omnes ampliationes fallentiæque in hac materia spolij reintegrandæque per Ripam & alios Doct. in d. §. nihil commune. traditæ, vnde ne nascatur id absurdum & inconueniens, quod argumentum ab absurdo euitando in iure est validum. l. nam absurdum. ff. de bonis libert. necessariò vtique cogimur fateri, conclusionem Ripæ in d. §. nihil commune, nu. 74. veram indistinctè non fuisse, nec ita intelligendum esse, prout ipse Rip. proponit & concludit, aliàs malè & perperam (meo quidem iudicio) loqueretur.

Decis. autem Pedemontani 34. numer. 25. arguebat, possessionem nulliter obtentam nullo modo confirmari posse. nam licèt ex actu nullo, & traditione subsecuta naturalis possessio acquiratur, cum res facti iure ciuili infirmari nequeat: tamen propter hoc iusta & irreuocabilis non erit. nam semper irritari & reuocari poterit. at ego dico, quòd iste non est casus noster propositæ quæstionis. benè autem fateor, quòd illud, quod est nullum, nullo modo confirmari potest; cum non entis nullæ sint qualitates. l. eius qui. ff. si cert. pet. sed quòd de nouo inducta possessio dari possit, antèquam restituatur, & ipsa data nouiter confirmari, hoc non nego in quibusdam casibus, vt infrà ponam in distinctione mea, & vt loquuntur Doct. primam opinionem tenentes, & sed in casu dictæ decis. Pedem. videlicet quòd fideicommissarius, non detracta priùs legitima & quarta per hæredem, in dicta possessione per illum apprehensa nulliter non possit confirmari, dicta decis.

decis.benè in suo casu loquitur, & quomodo autem iste articulus fideicommissarij sit intelligendus, tu distingue, vt infrà plenè dicam in articulo legitimi contradictoris.

Ego autem pro mera huius articuli † veritate sic 268 puto distinguendum esse, & dico, quòd aut loquimur in materia nostra l.fin.C.de edict.diui Had. vel preter eam, si in materia nostra loquimur, videlicet quando hæres in bonorum possessionem testatoris, per illum tempore suæ mortis possessorũ vel detentatorum, immissus sit, possessore non citato, in executione testamẽti iudici exhibiti, non aboliti, nec cancellati, neque vituperati in aliquibus suis partibus substantialibus, iuxtà l.fin.C.de edict.diui Hadr.toll. & ibi per scribentes, & tunc subdistingue, & dic, quòd aut possessor nõ citatus non erat contradictor legitimus, vel erat. si nõ erat, sed tantum possessor, ex quo narrat, dictam immissionem tantum esse nullam, respectu citationis nõ sibi emanatæ, & ideò instat illam, tanquàm de facto factam & nulliter, omninò esse reuocandam, hæresquẽ scriptus & in possessionem iam immissus per contrarium negat, illam esse nullam, & quatenus appareat nulla (quod non credit) tunc petit illam de nouo dari, & ipsa nouiter data illam confirmari, ex quo notoriissimè de iuribus suis per testamenti exhibitionem cõstat, cum testamentum executionem habeat paratam, quo ad hanc possessionis immissionem. Zuchard. in d. l.fin.num.114. & tale præsumitur, quale in prima eius facie apparet. d.l.fin. & ibi Dec.nu.15. remq; facit notoriissimam. Corn.cons.225.col.pen.vers.non obstat.lib. 3.Dec.cons.423.num.10. & seq. & cons.450.nu.2. & seq. Cagnol.in l.si librarius.num.12. ff. de reg.iur. Durant. in tract.de arte testa.titu.11.caut.20. num.8. propè fin. meritò si hoc in casu hæc immissio confirmatur; cum inciuile sit hanc immissionem reuocare, constando notoriissimè per testamenti instrumentum illam de nouo esse dandam: ergo si daretur, illa nouiter danda confirmaretur, vt circuitus euitetur, text. est ad lite-

ram l.fin.§.fin.ff.quod met.causa, & ita dicunt Dd.primam opinionem tenentes in principio huius articuli præallegati.

261 Et id rationi conuenit, † nam si non erat legitimus contradictor, ergo non erat citandus, quia hanc immissionem non impedire poterat. Alex.in l.fin.numer.16. circa medium.C.de edict.diui Hadr. tollend. & ibi etiam Zuchard. num.124. & num.329. Ripa in d.§.nihil commune.num.184.Mars.in l.de vnoquoque,num.109. ff.de re iud.at equidem iste citationis actus tantum fit, vt possessor sua non priuetur possessione nisi citetur. c.licèt Episcopus.de præbend.in 6. & ibi not. cumque etiam in causis summarijs partis citatio requiratur, vt not.per scribentes in clem.sæpè,de verb. signif. Paris. consi.45.num.11.lib.4.Vant.in tract.de nullit.in titu.ex defectu processus.num.51. si iste igitur possessor in casu præsenti proposito citatus fuisset, hanc hæredis immissionem impedire non potuerat.vt suprà dixi, ergo illa immissio per iudicem illo non citato & absente fieri potuit. Abb.in c.item cum quis.num.10. de restit. spoliat. & in c.accepta.num.6.eod.titu.Marsi.in l.de vnoquoque.num.77.& sequen.ff.de re iud.& in pract.§. aggredior.num.127.Paris.consi.1.num.35.libr.1. Gram. decis.36.num.73.Alciat.in c.cum non ab homine.num. 119.de iud.& ratio equidem in promptu est,nam sicuti eo inuito & præsente iudex dictam immissionem ob testamenti notorietatem concedere potest, pariter & quoque eo ignorante & non citato hanc præsentem immissionem permittere potuit,l.4.§.illud. ff.de fidei commiss.libert.l.qui potest inuitis,& ibi Cagnol.nume.6.ff.de regul.iur. Ias.in l.nec quicquam, §. vbi decretum,num.7.versic.secundò limit.ff.de off.proconsul. Mars.in l.de vnoquoque. num. 66. & sequent. ff. de re iud. Decius consi.698.num.3. Alciat. in d.c. cum non ab homine,num.119.Grammat.decis.36.nume.73.Marant. in tract.de ordi.iud. in sexta parte,in 1. membro iudicij.num.5.ergo iudex hæredis scripti possessionem eidem confirmaret,cum de nouo sit danda, & data confir

manda,

manda,ad hoc vt circuitus effugiatur,qui omninò euitandus est.l.1.C.commun.de leg. gl. est fin. iuncta cum tex.l.dominus testamento. ff. de condi. indeb. & illud quod per pauciora fieri potest,non per plura fit,l.omnem honorem.C.quand.prouoc. non est necess. meritò vtique si hæc hæredis possessio non sit reuocanda, sed potius de nouo est danda, & data est confirmanda. decis.Pedemont.34.num.11.vers.non etiam, & num.15. vers.idq; eo maximè.

Et tantò fortius hæc opinio † in præsenti casu nostro procedit, cum hæc immissionis cognitio summarijssimè fit,& iudicis officio expeditur. Zuchard. in l. fin.num.324.C.de edict.diui Hadr.tol. sed equidem vbi determinatio non in figura iudicij, sed iudicis officio fieri potest,nunquã citatio partis requiritur.Marsi.in l.de vnoquoque.nu.65.ff.de re iud.Ripa in l.de pupillo.§.meminisse.num.26.vers.4.casus.ff.de nou.ope. nunt.& in l.filiusfam.§.diui.nu. 117. in prima & quarta fallentia,ff.de leg.1. ergo & hanc immissionem possessore non citato iudex afficere potuit, de iureq; fuit facta,meritò est confirmanda. 263

Præsertimque cum † iste sua possessione priuatus non allegat nisi nullitatem,& non aliquam iustam causam,per quam dictam immissionem impedire potuisset,non allegando vtique aliquid releuans, nisi se non citatum fuisse,meritò si non auditur.Alex.in l.non solùm,§.morte.nu.47.ff.de noui oper.nunt. Mars. in l.de vnoquoque,num.66.& seq.& nu.75. ff.de re iud. Vant. in tract.de nullit.in tit.quibus mod. sent. nulla reper. num.107. 264

Et quoque si aliquid † allegat, quòd non sit exclusiuum intentionis hæredis,non auditur, sed ius agendi tale in ordinario iudicio sibi reseruatur. Zuchar. in l. fin.nu.367.C.de edict.diui Hadr.tollend.meritò si hoc in casu dicta immissio confirmatur, nam inciuile erit illam reuocare, cum ob testamenti exhibitionem illa de nouo sit danda, iuxtà dictam l. fin. ergo nouiter data est confirmanda, & in simili casu benè allegatur l. 265

fin.§.fin.ff.quod metus causa.

266 Vel saltem negari non potest,† in præsenti casu nostro, quòd possessor non citatus tempore dictæ sententiæ immissionis, & nunc comparens nihil releuans allegat, per quod impedire hanc immissionem potuisset nisi se non fuisse citatum, ergo per hanc suam nouam præsentiam in iudicio factam defectus citationis purgatur, meritò si possessio hæredis scripti tanquam æqua & iuridica confirmatur, vt in simili dicunt Doct. de iudice appellationis, qui sententiam nullam respectu citationis tantum confirmat, si sit iusta & æqua, ex quo citationis defectus per nouam præsentiam purgatur. Decius in rubr. extr. de appellat. num. 12. Alexand. consi. 53. lib. 5. & hæc est communis Doct. opinio, vt refert sequendo Vant. in tract. de nullit. in titul. quibus mod. sent. nulla defend. num. 129. & seq. Crauet. consi. 140. num. 8.

Et hoc stante cessat ratio c. licèt Episcopus. de præben. in 6. quod capitulum possessoris citationem requirit, sed cum in hac possessionis confirmatione hæredis scripti spoliatus præsens fuerit, per quam illius citationis defectus purgatur, & cum ita sit, meritò non potest dici, illum sua possessione spoliatum fuisse, eo nõ citato, quia in hoc casu cessat ratio d.c. licèt episcopus. ergo & eius dispositio. c. cum cessante, de appellat. meritò si hæc confirmatio amplius non irritatur, sed confirmatur, cum iam intentioni legis fuit satisfactum. Vant. in tract. de nullit. in titu. quibus mod. sent. nulla reper. num. 107.

Vel & secundò dico, quòd d. c. licèt Episcopus, locum sibi vendicat, quando possessori aliquod ius competit. prout ille text. in fin. innuit, nam tunc possessio eidem auferri non potest, nisi cum causæ cognitione, vt in subsequenti distinctionis casu dicam; at verò notoriissimè ex actis constat, non aliquod ius sibi competere, vt erit casus præsens noster, ex quo non allegat, nisi nullitatem ob citationis defectum, & nihil aliud releuans, per quod impedire hãc immissionem potuisset

isset,meritò si hoc in casu possessoris citatio nõ requiratur.Abb.in c.cum accepta.num.6. de restit. spol. Felin.in c.cum Ecclesia sanctæ Mariæ.num.20. de constit. Mars.in l.de vnoquoque.num.77.& seq.ff.de re iud.& in pract.in §.examinanda,num.8. Dec.in l.si pacto quo pœnam.num.5.C.de pact.& in c.peruenit.nu.3.versic. secundùm hoc.de appellat. & cons.191.nu.10.vers.non obstant.Zuchard.in l.fin.nu.110.vers.prædicta. C.de edict.diui Hadr.tol. Ripa in l.soluto matrimonio.§.voluntatem.num.21.ff.solut.matr. Marant.in tract.de ordi.iud.in 6.parte,in 1.membro iudicij.nu.5. Paris.consi.1.num.32.& seq.& cons.101.nu.123.& seq.lib.1.& cõsi.111.num.7.& sequen.lib.4. dominus meus Socin.iun. consi.77.num.130.libro 1.Crauet.consi.5.num.6. & seq. præsertimque hoc in casu, vbi causæ cognitio non requiritur,ergo nec quoque citatio.Mars.in d.l. de vnoquoque.num.75.Paris.cons.101.num.119.& seq.lib.1.& vt aliàs dixi,& dicam.

Nec dictæ conclusioni obstat id,quòd dicit Rip.in c.sæpè,num.86. de restit. spoliat. vbi reprehendit Decium in consi.191. & dicit, quomodo iudici notorium esse potest, spoliatum ius in dicta possessione non habere,cum citatus non fuerit , neque iura sua allegare potuit,vt in simili dicit text. in clem. pastoralis.de re iudi. ergo cum spoliatus sua iura allegare non potuit, impossibile vtique est,iudici notorium esse, spoliatũ in re spoliata nullum ius habere , & cum ita sit , non procedit ergo conclusio mea præallegata, de iureque non subsistit. 267

Hæcq; conclusio quoque ampliatur procedere, si illud notoriũ ex actis de præteritis allegatur cõstare,cũ potest esse, quòd post illa acta spoliatus ius ab eo acquisiuerit,in cuius fauorẽ sententia occasione dictorũ actorũ prolata fuit,& cũ ita potest esse,necessarium est, vt saltẽ spoliatus citatꝰ fuisset,antequã sua priuaretur possesione,ad videndũ & audiendũ,per iudicem fieri declarationẽ,actum,de quo q̃ritur, fuisse & esse notoriũ,aliàs notoriũ nõ diceretur.Bar.in l.inter emp. n.3.

act.empt.Abb.in c.cum ad nostram. el 3.de iureiurand. Dec.in c.peruenit.num.3.versi.& eo casu. de appel.& cons.483.num. 27. & maximè cum nihil tam notorium sit,quin contra illud aliquid dici poßit, ergo citatio ad huiusmodi saltem declarationē est necessaria.Mars. in l.fin.num.33.ff.de iurisd.omn.iud. Alc.in c.cum non ab homine.nu.118. de iudi.ad discutiendum factum, de quo quæritur, esse notorium.Rip.in l.is cui bonis. nu. 28.ff.de verb.obl.Boss.in tit.quomodo proced.in crim. not.num.4.Iulius Clarus in pract.§.fin.quæst.31.versi. item adde,&c.

Verùm his non obstantibus à mea opinione præal legata non recedas : & ratio equidem in promptu est, quoniã ille iam possessor non allegat,nisi immißionis sententiæ nullitatem,ob citationis tantum defectum, & nihil aliud releuans,meritò si non auditur. Mars.in d.l.de vnoquoque,num.66.& seq. & vt aliàs suprà dixi,imò iuribus allegatis per immissum non contradicendo,tacitè illius iura comprobat. c.1.de restit. spol. quæ comprobatio per acta de præsenti facta rem afficit notoriissimam, cum acta rem notoriam faciunt, c. cum olim. vbi Abb.de verb.signific.Paris.consi.53.nume.106.& sequent.lib.3.& consi.111.num.7.& seq. lib. 4.meritò si hoc in casu notorietatis rei declaratio non fuit necessaria. Paris.dicto consi.111.numer.7.& seq.& consi.101.num.123.& sequent. libro 1. licèt in alijs casibus fortè sic.Vant.in tract.de nullit.in titu. quis possit dicere de nullit. num. 53. si necessaria non sit huiusmodi notorietatis declaratio in præsenti casu, & notorium sit,per acta de præsenti petentem se reintegrari ius in re non habere,cum nihil aliud allegat,nisi tantum citationis defectum,& nihil aliud releuans; meritò si dicta poßeßio hæredi scripto de nouo conceditur,& nouiter data confirmatur, ad hoc vt circuitus euitetur.c.significasti,de diuort.& l.fi.§.fi. ff.quod met. causa.& in hoc casu benè loquuntur Dd.primam opinionem tenentes.

Sed tu tempera hanc conclusionem procedere, remota

mota hæredis violentia in ingrediendo in dictam possessionem, aliàs si cum violentia ingressus sit, secùs erit. nam text. l. meminerint. & l. si quis in tantam. C. vn de vi. præsupponunt dominium rei spoliatoris esse, & tamen si per vim in possessionem ingressus sit, volunt spoliatorem omni iure suo priuari. Anchar. consi. 133. num. 4. Decius consi. 191. colum. penult. versi. septimò. Paris. consi. 1. num. 175. libro 1. Ripa in c. sæpè, num. 86. in fin. de restitut. spol. intelligendo tamen hanc conclusionem esse veram, si sine executoribus per vim in possessionem ingressus fuerit, aliàs si cum executoribus possessionem apprehenderit, secùs erit. Bart. in d. l. meminerint. num. 8. Alexan. cons. 52. num. 3. lib. 7. Negus. in tract. de pignor. in 2. membro, tertiæ part. num. 22. Plot. in l. si quando, nu. 735. C. vnde vi, intelligendo semper hunc articulum, vt infrà in sequēti distinctione declarabo.

Vel & quoque, si per vim & sine executoribus in possessionem ingressus sit, in pœnam d. l. meminerint. & d. l. si quis in tantam. C. vnde vi. incidit, cum non soleat hæc licentia concedi, nisi possessore prius citato, quando possessor sit certus & reperiatur. Mars. in d. l. de vnoquoque, num. 78. & sequent. vel quando de facili possessoris certitudo haberi possit. Zuchard. in d. l. fin. num. 108. C. de edict. diui Hadr. tollen. quæ conclusio procedit, si expulsus contra hæredem intentaret remedium d. l. meminerint. & d. l. si quis in tantam. aliàs secùs erit. Ripa in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 74. in fin. ff. de acquir. possess. Berous quæst. suis famil. quæst. 3. num. 4. in fin. & seq. & vt infra plenius dicam, expulsus ergo petendo simpliciter (absque eo, quod agat remedio d. l. meminerint.) possessionis reuocationem de facto fieri, sicuti de facto fuit concessa, citationis tantùm defectum allegando, & nihil aliud releuans: & per contrarium hæres in possessionem im missus petat illam de nouo dari, & ipsa data illam confirmari, ex quo partis aduersæ non interest hanc reuocationē possessionis fieri, existentib. suis iuribus no-

 toriis-

toriissimis, ob testamenti exhibitionem apparētibus, quibus iuribus expulsus non contradixit, meritò si possessio hæredi de nouo daretur, & illa nouiter data confirmaretur, absque eo quòd hæres possessioné expulso restituat, vt suprà cōcludenter & iuridicè dixi, & hanc conclusionem legibus, rationibus, & auctoritatibus comprobaui.

268 Si verò existente legitimo possessore & contradictore, qui paritatem tituli habeat, cum quo erat ordinariè procedendum & litigandum, vt in materia legitimi contradictoris dicam, & hæres in possessionem ingressus sit auctoritate licentiaque sibi à iudice concessa, licèt nulliter, & possessore legitimoque contradictore non citato, si deinde sua priuatus possessione compareat & dicat, se fuisse sua possesione spoliatū, non citatum, & absque causæ cognitione, & sic perperam & nulliter, allegandoque titulum similem tituli hæredis habere, & illum exhibeat, petatque instando, quòd sicuti iudex de facto illum sua possesione spoliauit, quòd de facto quoque eum in illam ante omnia reintegret, si hæres in possesionem immissus negat dictam immissionem fuisse & esse nullam, & quatenus nulla appareat, tunc petit illam nouiter dari, & illa data eam confirmari, ex quo notoriisimè de iuribus suis constat per testamenti exhibitionem. si autem spoliatus replicabit, se fuisse spoliatum absque causæ cognitione, & pariter petat se ante omnia esse contrario imperio in suam possessionem reintegrādum, antequam de iuribus suis discutiatur, & hoc in casu proculdubio arbitror, illum ante omnia ad suam possessionem reintegrandum esse. ratioq; est in promptu, quoniam ille spoliatus non sua priuari debebat possessione, nisi cognitis prius ac discussis iuribus partium ordinariè lite contestata & causa cognita. l. fin. ibi, non autem legitimo modo. C. de edicto diui Hadr. tollend. & ibi Bart. num. 21. versic. aut comparet. Decius num. 41. versic. similiter. Zuchard. num. 328. & vt in articulo legitimi contradictoris dicam, illis igitur non discussis, eo non

non citato sua possessione spoliatus fuit, & sic ex abrupto & sine iudicio, meritò ante omnia ad suam possessionem venit restituendus, absque eo quod hæres scriptus spoliator super iuribus suis audiatur. text. est clarus in c. conquerente. de restitut. spol. l. meminerint. C. vnde vi. Zuchard. in d. l. fin. num. 439. in fin. Plot. in l. si quando. num. 732. in fine, C. vnde vi. hæcque restitutio absque litis contestatione fieri debet, cum ordo sit reuocare sine ordine, quòd inordinatè & absque cognitione factum est. Ripa in d. §. nihil commune. nume. 186. Alexan. cons. 5. num. 4. lib. 5. Marf. singul. 175. Gram. consi. 150. num. 18. in ciuil. Paris. consi. 41. num. 25. & seq. libro 1.

Et iudex sicuti fuit facilis ad ita faciendum,† pariter & quoque debet esse facilis ad perperam factum reuocandum. l. prima. §. 1. ff. si mulier ventr. nomin. Vant. in tractatu de nullitat. in titu. quid sit nullitas, & vnde dicatur, num. 16. & sequen. & spoliator non tantum ad restitutionem rei, verum etiam ad omnes fructus perceptos tenetur. Iason in l. iustè possidet. nume. 27. ff. de acquir. poss. 269

Et hæc opinio comprobatur, nam quando spoliatus tantum citationis defectum allegat, nihilque aliud releuans, non auditur. Alex. in l. non solùm. §. morte. num. 47. ff. de noui oper. nunt. & vt in præcedenti distinctione tetigi. ergo à contrario casu, si causas allegaret (præter nullitatem ob citationis defectum) illasq; probaret, prout de iure requiritur, nam tantum allegare non sufficit, verum quoque probare oportet. Deci. in d. l. fin. num. 43. in fin. & ibi etiam Zuchar. num. 366. & nu. 369. in fin. comprobando igitur causas, per quas comprehenditur illum legitimum contradictorem fuisse & esse, meritò si auditur, nam sicuti propositum in proposito operatur, ita & oppositum in opposito. l. fi. §. si filius. vbi Bart. ff. de leg. 3. si ille igitur auditur, & secum de iuribus illorũ ordinariè & cũ causæ cognitione discuti debet. d. §. sin autẽ. & lis non fuerit tẽpore spoliationis contestata, ex quo nõ fuit citatus, & ex 270

abrupto, & sine ordine iudiciario, & non intellectis suis iuribus spoliatus fuit, meritò ante omnia ad suam pristinam possessionem est restituendus, d. c. conquerente. Zuchard. in d. l. fin. num. 439. in fin. deinde ordinariè de iuribus eorum discuteretur, d. §. sin autem, & ibi Dec. num. 5. Zuchard. num. 108. & cæteri Scribentes ibi.

271 Confirmaturque ex alio, nam quando iudex procedit extraiudicialiter, in casibus, in quibus ordinariè & cum causæ cognitione sit procedendum, sua aliquem possessione spoliando, proculdubio spoliatus ante omnia hoc in casu reintegratur, antequam spoliator super iuribus suis audiatur. d. c. conquerente. Zuchard. in d. l. fin. num. 439. in fin. etiam nullo iuris ordine seruato. Felin. in c. dilectus, el primo. versic. fallit primò. de rescript. Crau. consi. 302. num. 2. vers. venio. & vt suprà dixi. sed sic est, in casu nostro legitimus extabat cótradictor, qui non sua erat possessione priuandus, nisi prius suis iuribus ordinariè discussis & cognitis. d. l. fin. ibi, non autem legitimo modo. sed ita minimè fuit factum & obseruatum: ergo spoliatus ad suam prius possessionem reintegratur, antequam hæres scriptus spoliator super iuribus suis audiatur, d. c. conquerente. Zuchard. in dicta l. fin. num. 439. in fin. præsertimq; cum spoliatus petat, se ante omnia ad suam possessionem restitui, antequam spoliator super iuribus suis intelligatur. Negus. in tract. de pignor. in 2. memb. 3. partis, nu. 22. declarando tamen hoc vltimum, vt infrà suo loco dicam.

272 Hæc quoque opinio ex alio corroboratur; nam sicuti, quando sentẽtia respectu totius processus est nulla, à iudice appellationis confirmari non potest. Grammat. cons. 96. num. 1. & seq. in ciuil. Roland. consi. 41. nu. 20. & seq. & num. 40. lib. 1. immò eo casu iudicis officium est, cassare sententiam nullam super inepto libello prolatam, reseruato iure (si aliquod ius sibi competeret) ei iterum aptè agendi. Alexand. consi. 187. num. 1. in fin. libr. 6. Decius consi. 62. num. 3. versic. & cum isto

casu.

casu.Gramma.cons.96.num.1.in ciuil.Roland.cons.41. nu.21. & seq.lib.1. Vant.in tract.de nullit.in tit.ex defectu process.num.22.& seq. ita ergo & in proposito nostro dici debet, quòd iudex irritare debet dictam immissionem, hæredi scripto nulliter & ex abrupto, nulloque iuris ordine seruato concessam, & ante omnia spoliatum ad suam possessionem reintegrare, saluo & reseruato hęredi agendi ordinariè vt suprà, si aliquod ius eidem competeret, ex quo spoliatus non debebat sua priuari possessione, nisi eo citato, lite contestata, & causa ordinariè cognita. l.fin.ibi. non autem legitimo modo.C.de edicto D.Hadr.toll. vbi Bar.nu.21.vers.aut comparet.& alij Scribentes ibi iam præallegati. si spoliatus igitur reintegratur ante omnia, ergo possessio spoliatoris non confirmatur, nec confirmari potest in hoc casu, vt dixi suprà.

Nec prædictæ conclusioni obstare habet, illud 273 quod in præcedenti distinctione dicebam, videlicet, testamentum per hæredem exhibitum rem notoriam facere: nam id equidem procedit & est verum, si dictũ testamentum per aliud simile testamentum non offuscaretur: nũc autem per aliud simile per spoliatum exhibitum, & per alias rationes & causas ab illo allegatas, probatas, & exhibitas offuscatur, & cùm ita sit: meritò vtique si testamentum hęredis rem notorissimam non faciat. Deci.in c.licèt causam.nume.10.de probat. Cagnol.in l.si quis maior.num.80.C.de transact. Marsil.singu.467.col.2.Socin.cons.4.num.2.in fin.& seq.& cons.51.num.6.lib.1.Crau.cons.299.num.8.& consi.302. colum.4.in fin. meritò ergo hæres in dicta possessione non confirmari potest, ex quo iura sua notorijssima non habet, existentibus illis ipsius spoliati exhibitis & probatis, & alijs rationibus, de quibus vt suprà.

Immò illa possessio irritanda est, & sicuti hæredi scripto fuit data, & de facto & ex abrupto cõcessa, contrario quoque imperio est reuocanda, & spoliato ante omnia est consignanda. l. 1. §.1.ff. si mul. ventr. nomi. Vant.in tracta.de nullit.in titu.quid sit nullit.& vnde

dic.num.16.& seq.Roland.cons.6.num.21.libr.2.saluis & semper reseruatis iuribus hæredi spoliatori agendi aptiùs ordinariè, si aliquod ius in dicta possessione haberet. & in his terminis benè loquuntur Doct. secundam opinionem sequentes in prin. huius articuli prę allegati.

417 Quæ conclusio quoque ampliatur procedere in contradictore legitimo, cum quo non ordinariè, sed summariè sit procedendum. benè autem cum causæ cognitione, vtputà si titulum dissimilem tituli hæredis allegaret, vt infrà plenè in articulo legitimi contradictoris dicam, & iudex si sine causæ cognitione, illoque nòn citato hæredem in possessionem immisisset, si deinde spoliatus compareat, & dicat, se in suam possessione in ante omnia reintegrari debere, antequàm hæres super suis iuribus audiatur, & sicuti de facto fuit spoliatus, de facto quoque, & ante omnia ad suam possessionem reintegrandum esse: & tunc censeo, spoliatum ante omnia reintegrari debere, antequàm hæres sua iura probare possit, aut ad ea probãda admittatur: ratioque est in promptu, nam communis solidissimaque Doctorum conclusio est, quòd si iudex absque causæ cognitione procedat, non citata parte, neque partibus auditis, in casibus in quibus ordinariè, vel cũ causę cognitione est procedendum, & extra eius officium procedat, quòd erit regulariter in omnibus casibus, in quibus de tertij præiudicio plenariè tractatur. Vant. in tract. de nullit. in tit. ex defectu processss.num.51. Roland.cons.6.num.10. & pluribus seq.lib.2. quod in his casibus tanquàm priuatus, & non vt iudex procedit, spoliando aliquem sua possessione, & ideo in his quoque casibus iudex tenetur spoliatum ante omnia reintegrare, antequàm spoliatorem audiat, & ad iura illius probanda admittat. tex. est clarus in c. conquerente. de restitu. spol. l. meminerint. C. vnde vi. Felin. in c. dilectus. el 1. nu. 1. in 3. fall. de rescript. Rip. in d. §. nihil cõmune. num. 58. Cagn. post Dec. in l. non videntur. §. qui iussu. num. 6. ff. de regul. iur. Deci. consil. 125. nume. 5. vers.

vers.nec obstat.& cons.449.nu.16.vers. & ista conclusio..Craue.cons.302.num.4. Marsil.in pract.§. nunc videndum.num.38.& seq. Alciat.in tract.præsump.9.nu. 27.& seq.cùm nihil operetur iudicis auctoritas, ordine iuris non seruato. Dominus meus Cæphal.consil. 289.num.13.& seq. Roland.cons.6.num.12. & pluribus seq.libr.2. & maximè si spoliatus petat se ante omnia reintegrari,antequàm spoliator audiatur. Negusan.in tract.de pigno.in 2.memb. secundæ par.num.22. ita & in proposito nostro dico, quod cùm iudex illum absq; causæ cognitione sua possessione priuauit,immittendo hæredem scriptum in possessionem, eo non citato, neque iuribus ambarum partium prius summariè discussis(prout de iure requiritur,vt in materia legitimi cõtradictoris dicam) & spoliatus instat se ante omnia reintegrari:meritò si reintegratur,antequàm hęres iura sua probare possit,aut super illis audiatur. d.c.conquerente.Zuchard.in d.l.fi.nu.439.in fi. & Doct. communiter præallegati vt suprà.

Et ad hoc benè facit illud, quod aliàs tetigi,quòd quando spoliatus comparet, & nullitatẽ ob citationis defectum tantùm,ac nihil aliud releuans allegat, tunc spoliatus non auditur,ad impediendum hęredẽ in possessione confirmari, qui instat & petit, dictam immissionem ob notorietatem iurium suorum, sibi nouiter dari,& illa nouiter data,eam confirmari.Alex.in l.non solùm.§.morte.nu.47.ff.de noui oper.nunc.Zuchar.in d.l.fi.nu.367.& cæteri Doct.ad id propositum,vt suprà allegati:ergo à cõtrario sensu, si spoliatus aliquid releuans allegaret,hæres non audiretur:allegat autẽ spoliatus in nostro casu, dictam possessionem absque causæ cognitione fuisse hæredi scripto per iudicem concessam,& sic non fuisse eidem rectè & ritè datam,prout requirebatur,eo existente possessore,titulumq; suę possessionis habente, & illum exhibente. d.§.fin autẽ. ergo spoliatus penitùs & ante omnia est restituendus, antequàm hæres audiatur. d.c.cùm quærentę.& vt suprà comprobaui. 275

Immò

276 Immò hæres in possessionem immissus ex licentia iudicis nulla (existente statuto puniente ingredientes alienasque possessiones turbantes) pœnam non statutariam euitaret, cùm in lata culpa sit, qui licentia iudicis nulla vtitur, & de violentia quoque tenetur. §. primo. Inst. de vi bon. rapt. quæ lata culpa dolo æquiparatur, quando pœna imponitur pecuniaria. Bar. consil. 91. num. 3. & seq. & in l. iustè possidet. ff. de acquir. poss. & ibi Alexan. nume. 32. & etiam Ias. nu. 24. qui dicit, quòd Barto. ibi communiter est receptus. Ripa in d. §. nihil commune. num. 59. & seq. Zuchard. in l. fin. num. 108. C. de edicto D. Hadria. tol. Plot. in l. si quando. num. 53. C. vnde vi. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. distin. 16. num. 52. Anchar. consil. 133. num. 3. in fin. & seq. Alexand. consil. 119. nu. 20. lib. 2. Soci. consil. 158. nu. 16. lib. 2. D. meus Soc. iun. consil. 18. nu. 28. lib. 2. Rolan. consil. 26. lib. 2.

227 Et quamuis soleat dici, quòd quælibet iusta causa quoque colorata & bestialis illum à pœna excusat. l. igitur. §. potest. ibi. quis iustis. ff. de liber. caus. non tamen propter id illum excusat, cùm de pœna legali vel statutaria, pecuniaria tractatur. prout est in casu præsenti. Alexan. in d. l. iustè possidet. num. 32. & ibi etiam Ias. num. 32. & seq. idem Alex. consil. 119. nume. 20. lib. 2. Palæot. inter consilia Alex. consil. 137. num. 11. lib. 4. Dominus meus Soci. Iun. consil. 18. num. 32. & seq. libr. 2. Alciat. in tracta. præsumpt. reg. 3. præsumpt. 3. num. 6. Dominus meus Cæphal. consil. 242. nume. 5. quòd ego hanc sentio opinionem esse veram, præsertim in actore. Gram. decis. 83. num. 2. sed fortè secùs est in reo. Franc. de Aret. consil. 149. num. 8. Curt. Iun. consil. 34. num. 8. sed sic est, hæres possessionem apprehendit ob licentiam iudicis nullam, & in illo casu actoris officio functus est. meritò ergo pœnam statutariam non euitat, per quam omni suo iure priuatur, ergo hæres non auditur, sed spoliatus ad suam possessionem ante omnia restituitur.

278 Ego autem censeo, hanc conclusionem esse veram, si iudex licentiam ingrediendi nulliter concessit, & tanquam

tanquam priuatus, quod est, quando extraiudicialiter procedit, in casibus, in quibus ordinariè, vel cum causæ cognitione erat procedendum, & quoque quando extraiudicialiter procedit, iuribus partium non auditis, sineq; causæ cognitione, vel incompetens sit. Crauet.cons.302.num.4.Rolan.cons.6.num.27.& seq.lib.2. vel in summa quando aliquem extra eius officium spoliat, tunc tanquam priuatus procedit, & illo in casu spoliato ante omnia restitutio fit.c.coquerente. de restit.spol.l.meminerint.C.vnde vi. Felin. in d. c. dilectus.el 1.num.1.in tertia fallentia. Crau.consil.302.nu. 4.neque iudicis auctoritas operatur, non iudiciario iuris ordine seruato, ita quòd si quis in possessioné virtute dictæ licentiæ nulliter concessæ, ingressus sit in casibus, de quibus suprà, illa ingressio non iudicis auctoritate censeretur facta. Dominus meus Cæphal. consi.289.num.13.& seq.Rolan.cons.6.num.12. & pluribus seq.lib.2.& in dictis casibus pro iudice non præsumitur, debito iuris ordine non seruato procedente. Marsil.in pract.§.nunc videndum.nume.38. Roland.d. cons.6.nu.34.& seq.ex quibus infero ad casum nostrũ, quòd cùm iudex hæredem scriptum in possessionem immittere non poterat, nisi possessore prius citato, auditisque suis iuribus, & cum causæ cognitione, prout de iure requiritur, immò totum contrarium in præsenti casu nostro obseruauit: ergo perperàm, nulliter & malè, & tanquam priuatus id fecit: meritò ergo hæres in pœnam statutariam incidit.

Secùs verò est, quando iudex non procedit vt priuatus, quod erit cùm in iudicij forma procedit & processus fabricatur, sed aliquam tantùm solennitatem iudiciariam omittit, vtputà litis contestationem, ob quam omissionem licentia censetur nulla, non tamen propter hoc spoliatus ante omnia reintegraretur, nisi spoliatus prius spoliationem priorem, spoliationem, & iniustitiam spoliationis probaret, & hoc ad priuatorum differentiam erit, cùm pro iudice in casu isto semper præsumatur. glo.est fi.in c.præsentium.7.q.1.à

Doct.

Doct.communiter recepta.Felin.in c.dilectus.el.1.nu. 1.de rescript. Ias.in l.qui in aliena.§.Celsus.nu.29.ff.de acq.hæred.& in l.iustè possidet.nu.3.ff.de acq.possess. Deci.cons.449.nu.16. & 30. Curt.Iun.cons.5.num.8.& fusius cons.302.Roland.cons.6.num.34. & sequ.libr.2. Negus.in tracta.de pigno. in 2.memb. secundæ partis, num.22. si hoc igitur in secundo casu restitutio spoliato non fit, nisi dictis tribus requisitis prius probatis, meritò si tunc in pœnam statutariam nõ incidat, hancque secutus fuit opinionem in his terminis. Ias.in d.l. iustè possidet.num.22. vbi dicit, quòd hæc est pura & mera veritas.

279 Et profectò si quis hanc intelligere voluisset opinionem procedere, etiam quando iudex aliquem sua priuat possessione, ordine iudiciario, citata parte, seruatisq; de iure seruandis, quòd ipse ita priuatus & sua possessione expulsus admittatur, ad probandum dicta tria requisita, de quibus fit mentio suprà, & illis probatis reintegratur: dico, quòd si hoc esset verũ, sequeretur id absurdũ & inconueniens, quòd sententia nunquàm in rem iudicatam transiret, neque pro veritate haberetur, quod non est dicendum: quia erit contra tex.l.ingenuum.ff.de statu hom.& l.res iudicata.& ibi Cagn.num.3.ff.de regu.iur.& sic finis nunquàm litibus imponeretur, contra l.properãdum.C.de iud.vnde nè harum legũ correctio nascatur.l.præcipimus.C.de appel.& absurdum quod omninò euitandum est.l.nã absurdum.ff.de bon.liber.necessariò vtique cogimur fateri, expulsum ad hanc iniustitię probationem nõ esse admittendum, cum seruatis de iure seruandis sentẽtia fuit prolata, in remque iudicatam transiuit, & pariter executa fuit, & ideo sententia de iure valet: proculdubiò si regulariter expulsus ad hãc reintegrationẽ non admittatur.& per consequens nec ad probationẽ.Abb. in c.cõquerente.nu.8.de rest.spol.Fel.in c.cũ dilectus. el.1.nũ.1.in 3.fal.de rescrip. Dec.in c.quoniã cõtra.nu. 34.de prob.& cõs.191.col.4.ver.quintò. & cons.115.nu. 3.in fi.Paris.cons.1.nu.165.Crau.cons.5.nu.8.

Et

Et ratio est in promptu, nā licet sententia sine probationibus prolata sit, tamen valet, cùm probationes nō de iudicij substantia de sua natura sint, sed ad benè esse, quāuis enim malè faciūt iudices si sine probationibus aliquem cōdemnent: tamen si ille, contra quē prolata sit, nō appellat, in rem iudicatam transit, & de iure valet. Abb. in d.c. conquerente. nu. 7. Feli. in c. Ecclesia S. Mariæ. nu. 24. de const. Dec. in c. quoniam contra. nu. 36. de probat. & in l. is apud quem. num. 37. C. de edend. & in l. fi. num. 50. versic. si verò. C. de edicto D. Hadria. toll. Alex. cons. 105. num. 4. libr. 5. Paris. cons. 79. nu. 8. & 11. lib. 1.

Quæ conclusio quoque ampliatur, si iudex probationes admittere noluisset, & ab illa non admissionē pars non appellasset, sententia in rem iudicatam transiuisset, & valeret. Vant. in tract. de nullit. in tit. ex defectu proc ess. nu. 39. si sententia igitur sine probationibus de iure valet, & in rem iudicatam transit, meritò ergo post dictam sententiam in rem iudicatā translatam expulsus nō ad huiusmodi iniustitiæ probationem admittitur, ergo non reintegratur, secundùm crebriorem Doct. conclusionem præallegatam, & vt suprà dixi.

Et propterea quandò Doct. dicunt, quòd si iudex ad spoliationem, vt iudex, processerit, tunc spoliatus non auditur, nisi spoliationis iniustitiam, aliaque duo requisita prę allegata probet, necessariò vtiq; cogimur fateri hanc conclusionem esse intelligendam, cùm iudex seruatis de iure seruādis, ad spoliationē hanc processisset: vna autem tantùm solēnitate iudicij substantiali omissa: nàm tunc sententia non valet. benè autem expulsus ad suæ possessionis reintegrationem non admittitur, nisi possessionem priorem, spoliationem, & iniustitiam spoliationis probet, ad differentiam priuatorum, cùm pro iudice præsumatur. glo. in d.c. pręsentium. & Doct. ad id propositum vt suprà. præallegati, & hæc est pura & mera veritas conclusionis prædictæ. at cùm in casu nostro non vt iudex, sed vt priuatus

uatus licentiam hæredi in possessionem ingrediendi concessit, ex quo illam protulit, possessore legitimo contradictore non citato, & absque causæ cognitione, titulum suæ possessionis habente, cum quo summarie de iuribus hincinde eorum erat discutiendum, antequam iudex hæredem in possessionem immitteret. l. fi. §. sin autem. C. de edicto D. Hadria. tollend. & id minimè obseruauerit, meritò si hoc in casu restitutio suę possessionis spoliato ante omnia fit, & antequam hæres super iuribus suis audiatur: immò si spoliatus contra hæredem in possessionem ingressum remedium statutarium intentaret, dico, quòd virtute dicti statuti omni iure suo priuaretur, & in pœnam statutariam incideret, incidēdo igitur in dictam pœnam, ergo absolutè hoc in casu hæres non audiretur.

281 Si verò iudex nullo iuris ordine seruato, neque hærede citato, licentiam hæredi iam concessam reuocat, & reintegrat spoliatum ad suam possessionem, & spoliatus in illam ingressus fuerit, virtute licentię iudicis sibi concessæ, non propter hoc in aliquam pœnā incidit, & si hoc in casu hæres deinde compareret, allegaretque, se sua possessione iam à iudice sibi concessa spoliatum fuisse, ex abrupto, non citatum, & nullo iuris ordine seruato, & ideo instaret se esse reintegrādum, non propter id reintegraretur. Ripa in c. sæpè. num. 86. in fi. de restit. spol. & ratio est, nam illud quod à iudice inordinatè factum fuit, contrario quoque imperio potuit reuocari. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 186. Gramm. cons. 150 num. 18. in ciuil. Roland. consil. 6. num. 21. libr. 2. si hæc igitur reuocatio non in figura iudicij fit, ergo nec hæredis citatio requiritur. Marsil. in l. de vnoquoque. num. 65. ff. de re iudi. ergo dicta reuocatio, & integratio respectiuè vt suprà, ritè & rectè fuit facta, taliter quòd reintegratus nō in aliquam pœnam incidit, neque hæredi scripto ante omnia ipsam possessionem restituere tenetur. Abb. in c. conquerente. num. 7. de rest. spol. Dec. consil. 191. col. 4. vers. quintò. & cons. 125. num. 3. in fi. Paris. consi. 1. num. 165. lib. 1.

Curt.

Curt.Iun.conſ.175.num.5. Crau.conſ.5.num.8.& conſ. 4.num.11.

Quòd enimuerò hanc cenſeo cõcluſionem eſſe veram, ſi reintegratus in poſſeſſionem ſine violentia ingrediatur. ſecùs verò ſi cum violentia: nam tunc in pœnam d.l.meminerint.& ſtatutariam incidit. Rip.in d.c.ſæpè.nu.86.Pariſ.conſ.1.nu.175.lib.1. 283

Et quamuis in executione ſententiæ validæ iudex licentiam ingrediendi in poſſeſsionem propria auctoritate attribuere potuit. Iaſon in l.non dubium.num. 4.C.de legat.ſecundùm receptiſsimam Doctorum concluſionem,vt per Tiraquel.in tracta.de iur.conſt.in 3. part.limit.17.nu.13. & ſeq.tamen hæc communis concluſio intelligitur,vt procedat, niſi reſiſtentem inuenerit poſſeſſorem. nam ſi inueniat, & eidem reſiſtat, non per vim illum ſua poſſeſsione expellere debet,& ſi aliter fecerit in pœnã,d.l.meminerint.incidit. Abb. in c.accepta.num.6.in fi.de reſtit.ſpol. Barto.in l.iuſtè poſsidet.nu.3.ff.de acquir.poſſeſſ. & ibi quoque Alex. num.28.& ſeq. qui Bart. ibi communiter eſt approbatus,vt tradit Ripa in c.ſæpè.nume.86. & ſeq. de reſtit. ſpol.& in l.quartam.nu.118.ff.ad leg.Falcid.Pariſ.conſ. 1.nu.175.lib.1. 284

Et licèt Iaſ.in d.l.iuſtè poſſidet. nu. 13. dicat, quòd ille, qui licentiam in poſſeſſionem ingrediendi à iudice habuit, etiam contra reſiſtentem per vim ingredi potuit: tamen Iaſ. ibi num. 21. dicit, quod difficile eſt ab opinione Bart. communiter recepta in practica ob eius auctoritatem recedere, & eſt valdè æqua, ne ad arma deueniatur. l. æquiſſimum. ff. de vſufruct. ideo eſt ſequenda,vt ibi per Iaſ. idem quoque affirmat Iaſ. in l.2. nume.111.C.de iur.emphyt. Ripa in d. c. ſæpè. num.87.in fine. Cagnol.in l.non eſt ſingulis. num.6.ff. de reg.iur.

Quæ concluſio declaratur procedere, niſi primus ſpoliator per vim ingreſſus ſit, ſi enim ſecundus per vim quoque ingrediatur, vterque illorum in pœnam incidiſſet, meritò ſi hoc in caſu delicta mutua tol-

lantur compensatione. Feli.in c.dilecti.colum.fin.de excep.Ripa in d.c.sæpè.num.86.in fin. & in l.centurio, num.53.ff.de vulg.& pup.substit. & prout in simili dicitur de iniuria priuata, quæ mutua compensatione tollitur.Alex.in l.illud eleganter.num.5.ff.quod quisque iur.Ang.in tract.malefi. in verbo,verba iniuriosa & contumeliosa.num.10. Massuer.in pract sua in titu. de iniur.num.12. quod censeo esse verum, si verba iniuriosa circa idem tendant,& actio iniuriarum ciuilis mota sit,nam quoad priuatam vindictam mutua tollitur compensatione.secùs verò erit,si criminaliter mota sit, nam tunc non mutua compensatione aufertur. text.est perspicuus in c.intelleximus. & ibi Abb.nu.5. & q.de adulter.& in c.1.num.1.de iniur. Felin.in c.dilecti.colum.pen.vers.3.declaratio.de except. Lancell. Conrad.in pract.sua de prætor.inst.in §.3. in verbo,de iniuriantibus.nu.34. vers.14. & sic ergo respectu fisci iniuria perdurat.Cagn.in l.si quis maior.num.94.C.de transact. ita & in proposito nostro dico, quòd sicuti primus spoliator per vim in possessionem ingressus fuit, ob licentiam iudicis sibi datam, ita pariter quoque reintegratus, qui licentiam ingrediendi in suam pristinam possessionem à iudice habuit, si per vim ingressus sit, illorum delicta mutua compensatione, quoad priuatam vtilitatem, tolluntur, & in nulla consideratione habentur. Doctores communiter præallegati, vt suprà.

285 Vel & secundò dico, quòd prima cõclusio declaratur procedere, nisi hæres scriptus cum iustitiæ executoribus in possessionem per vim ingressus sit: nam eo in casu in aliquam pœnam nõ incidit, Bar.in d.l.meminerint.nu.8.& vt aliàs tetigi.sed tunc expulso per viã appellationis succurritur, secundùm formam l.ab executione.C.quor.appella.non recip. vel alijs remedijs. Rolan.cons.5.nu.17.lib.2.

286 Vel & tertiò declaratur non procedere, etiam si, quando sine executoribus in possessionem auctoritate sibi à iudice concessa per vim ingrediatur, dummodò pro-

dò pro resistentia repulsanda ad iudicem accedere nõ potuit, ad impetrandum eius familiam, nisi cum maxima eius verecundia periculoque: nam in hoc casu in dictam poenam non incidit, aliàs si sua sine verecundia, vel sine eius periculo, ad iudicem pro impetranda sua familia accedere potuit, & non profectus sit; proculdubiò hoc in secundo casu in poenam incidit. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 62.

Et ad illud quod dixi suprà, videlicet, quòd in casu quo regulariter ingrediens per vim, etiam auctoritate à iudice sibi ritè & rectè data, in poenam incidit, & spoliatus ante omnia ad suam possessionem reintegratur, dico, quòd prædicta conclusio procedit, si spoliatus contra ingressum per vim in possessionem remedio d. l. meminerint. agat, quoniam ille spoliator omni iure suo priuatur, etiam si dominium rei spoliatæ spoliatoris sit. cùm etenim Dominus à violentia contra possessorem inferenda se abstinere debet, etiam si possessor sit prædo. c. in literis. de restitu. spol. l. si quis in tantam. C. vnde vi. Plot. in l. si quando. num. 84. in fi. C. vnde vi. si iste sua vtique possessione priuatur, & omni iure suo, quod in dicta re habet, meritò si hoc in casu ille sui dominij notorietatem non allegare possit. d. l. meminerint. Ripa in d. §. nihil commune, num. 74. in fin. Zuchard. in l. fina. num. 181. C. de edict. D. Hadria. tol. Dominus meus Soc. Iun. cons. 18. nu. 26. & seq. lib. 2. etiam si sententia (vt dixi) sit valida. D. meus Socin. Iun. d. cons. 18. num. 31. in fin. à fortiori igitur hæc conclusio procedit, quando est inualida. auth. multò magis. C. de sacros. Eccles. 287

Si verò sententia sit valida, & spoliatus contra ingressum per vim remedio d. l. meminerint. non agat, dico quòd spoliatus ante omnia non restituitur, ex quo sententia valet, in remque iudicatam transiuit, & executa fuit, meritò expulsus non ante omnia restituitur. Abb. in d. c. conquerente. num. 7. Paris. consil. 1. num. 165. libr. 1. Crauet. cons. 5. num. 8. & vt suprà aliàs tetigi. 288

289 Si autem est inualida, & tunc subdistingue, & dic, quòd aut sententia est nulla, ex quo iudex vnam solennitatem iudiciariam tantùm omisit, in cæteris autem iudicij ordinem obseruauit: & tunc spoliatus ad suam possessionem ante omnia non reintegratur, nisi prius possessionem priorem, spoliationem, & iniustitiam spoliationis probat, ob præsumptionem quam pro se habet iudex, ad priuatorum differentiam. Felin. in c. dilectus. el primo. num. 1. de rescript. Iason in l. iustè possidet. num. 3. ff. de acquiren. possess. & vt suprà dixi.

Si autem sententia sit nulla, ex quo iudex non citato possessore, & absque causæ cognitione, & ex abrupto, nullo iuris ordine seruato illam protulit, cuius virtute possessorem spoliauit, & tunc dic, quòd aut sumus in casu, in quo nullo iuris ordine seruato procedi potest, & expulsus comparendo, non nisi citationis defectum tantùm allegat, & tunc quoque ante omnia non restituitur, sed potiùs hæres in possessione confirmatur, ob notarietatem testamẽti, & iurium suorum, quæ ex non contradictione expulsi dilucidantur, rationibus, legibus, & auctoritatibus, vt suprà, in prima mea distinctione principali huius articuli, allegatis. & ibi plenè dixi.

Si simus autem in casu, in quo ordinariè, vel saltẽ cum causæ cognitione sit procedendum, & tamen iudex illam ex abrupto protulit, & censeo, hoc in casu spoliatum ante omnia esse reintegrandum, antequàm spoliator super iuribus suis audiatur. c. conquerente. de restit. spoliat. si spoliatus petat, se ante omnia reintegrari debere. Neguf. in tract. de pign. in secũdo membro secundæ partis, num. 22. nam si spoliatori permitteret, probationes super dominium respicientes facere, neque replicaret contradiceretque, sibi præiudiciũ afferret, & tacitè consentijsse censeretur. c. 1. vbi Abb. & scribentes de resti. spolia. Paris. cons. 113. num. 9. lib. 1. ita quòd factis probationibus dominium pro parte ingressi respicientibus, liquidò constaret rem esse suã, & ad

& ad se spectare, & pertinere: quia acta rem notoriam faciunt. c. cùm olim. vbi Abb. de verb. signifi. not. scribentes in c. quoniam contra. de probat. Deci. cons. 191. colum. 4. vers. quartò facit. Paris. cons. 53. num. 106. lib. 3. Crau. cons. 302. num. 5. in fin. meritò si in hoc quoque casu spoliatus non ante omnia reintegratur. Alex. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 31. ff. de acquir. possess. & ibi etiam Ripa num. 72. Socin. in d. l. iustè possidet. num. 8. in fi. Dec. in l. edita. nu. 82. & seq. C. de edict. & cons. 191. col. 4. vers. quartò facit. Zuchard. in l. fi. nu. 353. C. de edicto Diui Hadria. toll. Addit. ad decis. cap. 28. num. 10. Castr. cons. 454. nume. 3. prope finem. libr. 1. Gozadin. cons. 50. num. 19. Paris. cons. 1. num. 171. libr. 1. & cons. 53. nume. 106. & seq. libr. 3. & cons. 11. num. 18. libr. 4. Crauet. cons. 299. colum. 3. versic. tertio. & consil. 302. num. 5. & seq. Berous quæst. suis famil. quæst. 3. num. 4.

Etsi plerique velint, quòd probationes dominium 290 respicientes sint impertinentes, & possessionem tantùm corroborant, nō propter hoc dominium rei probant, ita quòd victoriam spoliator reportare possit. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 99. Zuchard. in l. fi. nu. 132. C. de edict. D. Hadria. toll. Dec. cons. 84. col. fi. vers. nec obstat. Paris. cons. 60. num. 7. lib. 3. & maximè, cùm prius de possessione semper tractandum sit, antequàm ad petitorium deueniatur. l. incerti. C. de interd. Curt. Iun. cons. 92. nu. 2. tamen arbitror istorum opinionem esse veram, si probationes dominium respicientes in hoc possessorio (reluctante spoliato) fiant, & à iudice admittantur, cum hac protestatione, quod illæ tantùm possessionem iustificant, & si & quatenus sint admittendæ, & quia in hoc possessorio sunt impertinentes, meritò si illæ tunc spoliatum non impediunt ante omnia esse reintegrandum. Alex. in d. §. nihil commune, num. 31. Dec. cons. 84. col. fi. Paris. cons. 107. num. 25. libr. 1. cum semper prius de possessorio, quàm de petitorio sit tractandum. d. l. incerti. & in his terminis benè loquitur opinio istorum in contrarium tenentium. se-

cùs verò est, si sine protestatione, simpliciterque (non reluctante spoliato) admittantur, & per ingressum in possessionem huiusmodi probationes dominium respicientes fiant, & probentur, tunc proculdubiò dico, quòd illæ non tantùm possessionem corroborant, sed & quoque probant dominium rei spoliatoris esse, & ad eum pertinere. quæ proprietatis exceptio tamquàm notoria non reijcitur, sed admittitur. Abb. in c. in literis. num. 29. de restitu. spol. Ripa post Scribentes in dicto §. nihil commune. num. 72. Cagnol. in l. nemo prædo. num. 3. ff. de regul. iur. quia petitorium tam notorium possessorij causam absorbet. c. 1. & ibi Scribentes. de restit. spol. Zuchard. in l. fin. num. 352. & seq. C. de edicto Diui Hadria. toll. Paris. consil. 113. num. 1. libr. 1. Crauet. cons. 302. col. 4. in fin. & vt infrà quoque dicam.

Quæstio elegans & nodosa, de immisso per iudicem, cùm tamen haberet facultatem propria auctoritate intrandi, cum constituto & precario tangi, lateq; in vtramq; partem disputata.

291 Verùm etiam, si alios præter casus narratos, cum regula, ampliationibus, limitationibusque, de quibus vt suprà, vltra materiam l. fina. C. de edicto D. Hadria. toll. quis instrumentum haberet, cum pacto constituti, executiuique, coramque iudice compareret, illudque produceret, peteretque in executione dictorum pactorum se in possessionem bonorum sui debitoris immitti, pro summa scutorum in dicto instrumento contenta, iudexque viso incontinenti instrumento, licentiam ingrediēdi in possessionem bonorum sui debitoris propria eidem auctoritate concedit, non citato possessore debitore, & creditor in eam per vim ingrediatur, illoq; ita ingresso, si deinde spoliatus compareret, & cōtra spoliatorem remedio. l. meminerint. C. vnde vi. ageret, libellum in scriptis porrigendo, iuxta formam ibi in d. l. meminerint. à Doct. communiter traditam, creditorque excipiendo diceret, iura

sua

sua esse notorijssima in dictis bonis per illum apprehensis, stante eius credito cum illo, & pacto constituti, executiuique, de quibus in instrumento publico, quod pro præmissorum iustificatione illud produceret, & diceret, quòd probatio, quæ per dictum instrumentum fit, probatio probata, & non probanda censetur. Cagn. in l. si librarius. nu. 81. & seq. ff. de regul. iur. Alcia. in tract. præsumpt. reg. 3. præsump. 13. nu. 8. Vant. in tract. de nullit. in titu. quis poss. dic. de nullit. nu. 54. vers. intellige. & de instrumento dici solet, noli me tangere, quia Cæsaris sum. Crau. consi. 31. nu. 7. meritò si iudex dictam licentiam propria eidem ingrediendi auctoritate concedere potuit, etiam debitore possessore non citato, etiam per vim. l. creditores. & ibi Scribentes cum sua materia. C. de pign. quia in notorijs iuris ordo relaxatur. Marsil. in l. de vnoquoque. nu. 77. ff. de re iud. & in pract. §. aggredior. num. 125. & sequ. Alciat. in c. cùm non ab homine. num. 119. de iudic. Paris. cons. 1. num. 34. & seq. lib. 1. & cons. 147. num. 12. & pluribus seq. lib. 4. & si possessor citatus fuisset, dictam licentiam super re tam notorijssima impedire non potuisset, & si illo præsente & inuito sibi data fuisset, ergo eo absente & ignorante illa concedi potuit. l. 4. §. illud. ff. de fideicommiss. liber. l. qui potest inuitis. & ibi Cagn. nu. 6. ff. de reg. iur.

Pro spoliati autem parte replicatur, instrumentum rem notoriam non facere: quia contractus in dicto instrumēto insertus est simulatus, & in specie causam simulationis & radicem allegat, quòd equidem ita excipere debet, aliàs exceptio tanquàm generalis & obscura non valeret. Aretin. in §. fuerat. num. 22. vers. aduertas. Inst. de act. & in §. sequitur. num. 33. vers. virtus. Inst. de except. Cagn. post Dec. in l. imaginaria. num. 7. ff. de regul. iur. Felin. in c. si cautio. sub num. 67. de fide instru. Cæpol. caut. 106. Dec. cons. 648. num. 6. & consil. 36. num. 6. circa medium. Paris. consil. 58. num. 7. libr. 1. & consil. 86, num. 21. libr. tertio, & si citatus fuisset, iura sua deduxisset, & exceptiones contra contractum 292

in instrumento insertum allegasset: & quia ipse spoliator possessionem per vim apprehendit, illamque occupauit illo nō citato, auctoritate sibi à iudice nulliter data: meritò omni suo iure, quod in dicta re habebat, priuatus fuit, si aliquod ius habuisset, quod non credit, quare petit ex officio iudicis fauorabiliter implorato pronuntiari, & declarari, spoliatorem ab omni iure suo cecidisse, & ipsum spoliatum ante omnia esse reintegrandum.

293 Ego autem his propositis exceptis, replicatisque hincinde maturè consideratis, arbitror disputatiuè loquendo dici posse, spoliatum de iure ante omnia esse reintegrandum, & iudicem teneri declarare, spoliatorem omni suo iure esse priuatum, quod in dictis bonis apprehensis habebat, & hoc per text. clarum l. meminerint. C. vnde vi. qui præsupponit, dominium ipsius spoliatoris esse, & tamen vult, quòd spoliator, possessorem sua possessione sine citatione spoliando, omni suo iure priuetur, & hoc est, ne exinde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura oriuntur, vt ibi in d. text. expressè legitur. cùm ergo iste creditor, eo non citato, & existente possessore, suam inuasit possessionem, & illam occupauit, virtute dictæ licentiæ sibi non ritè datæ: meritò in pœnam d. l. meminerint. incidit. Ias. in l. iustè possidet. nu. 12. & ibi Doct. communiter. ff. de acquir. poss. Alex. cons. 5. nu. 2. lib. 2. Dominus meus Soc. Iun. cons. 18. num. 28. & seq. libr. 2. Crau. cons. 221. num. 11. & propterea spoliator allegare non potest, iura sua super dictis bonis notorijssima esse, & si allegaret, nó audiretur. Ripa in d. § nihil commune. num. 74. in fi. & in c. sæpè. num. 86. de restit. spol. Dec. cons. 191. colum. pen. vers. tertiò. & cons. 57. num. 6. D. meus Socin. Iun. cons. 18. nu. 11. & seq. lib. 2. Berous quæst. suis famil. q. 3. nu. 4. in fi. & seq.

Prætereà vltra allegata per me vt suprà, dico, quòd in presenti casu nostro allegari non potest, illud quod de instrumento dicitur, videlicet, quòd rem notoriam faciat, & super notorijs iuris ordo relaxetur.

Nam

Nam responderi potest,† quòd indistinctè instrumentum rem notoriam non faciat,cum contra illud de iure permittatur opponi,& si opponatur, & exceptio proposita instrumentum offuscat, ergo illud rem notoriam non facit. Decius in c. licèt causam. nume. 10. de probat. & vt aliàs suprà tetigi nu. 273. quare igitur vt instrumentum dicatur notorium, & iudex super tali notorio pronuntiare possit, necesse est, quòd pars prius citetur, ad videndum pronuntiari & declarari, instrumentum rem notoriam facere. Bart. in l.emptorem,num.1.ff.de act.empt. Abb. in c.ad nostram. el 3.de iureiur. Dec. in c.peruenit.cl primo.num.3.vers.& eo casu.de appellat.& consi.483.num. 27. Mars. in rubr.ff. de fals. nu. 48. cum vix tale notorium dari possit,quin & quoque aliqua exceptio contra illud opponatur, & ad cognoscendum veritatem facti pro notorio allegati requiritur citatio partis & cognitio causæ. Ripa in l.is cui bonis,num.27.& seq.ff.de verb. oblig. Marsi.in l.de vnoquoque.num.9.ff.de re iudic. Iulius Clarus in pract.criminal.§.fin.quæst.31.vers.item adde,&c. ideò creditor prius instare debebat, citato possessore iudicem declarare instrumentum,de quo in causa, esse notorium,& rem notoriam facere, antequam possessionem debitoris apprehenderet. Alciat. in c.cum non ab homine.num.118. de iud. & hæc cautela Vant. optimè fuit commendata in tract.de nullit. in titu. quis possit dicere de nullit.num.53. & à Decio in d. c.peruenit. in fin.hac igitur declaratione non facta,eo modo, vt dixi suprà,non potest dici instrumentum rem notoriam facere,& per consequens, iudicem non potuisse tam fulminanter,& nullo iuris ordine seruato, dictam licentiam asserto creditori concedere.cum ergo ordo iudiciarius non fuit seruatus in concedendo dictam licentiam, & possessore non citato illum sua priuauit possessione;meritò si dictus occupator in pœnam d.l.meminerint. incidit, & omni suo iure sit priuandus per sententiam declaratoriam à iudice fiendam. Alexan.in l.naturaliter,§.nihil commune, num.14. versi. nec ob- 294

ſtat.ff.de acq.poſſ. & ibi quoq; Ripa nu.45. Marſ.in ru-br.ff.de ſali.num.32.

Et quod in dictam pœnam incidat & puniatur, in proprijs terminis tradit Salic.in l.creditores.num.29. C.de pigno. Ripa in d.c.ſæpè,num.86.& geſta per ſpoliatorem(non citato poſſeſſore)non valent,ex quo citatio per Imperatorem quoque tolli non poteſt.text. eſt clarus in clem.paſtoralis, propè fin. & ibi Scribentes,de re iud.dominus meus Socin.iun.conſi.18.nume. 30.& ſeq.lib.2.Socinus conſi.54.num.4.lib.4.Dec.conſi.544.num.20.Vant.in tract.de nullit. in tit. ex defectu proceſſus.nu.36.

Nec quicquam prædictæ concluſioni obſtare videtur illud,quod dicitur de pacto executiuo,iuncto conſtituti pacto.

895 Nam reſpondeo & dico,† quòd ſi ſpoliatus citatus fuiſſet,contra inſtrumentum excipere potuiſſet, pariter & contra dicta pacta tanquam inſtrumento acceſſoria,nam illud quod eſt de toto quoad totum, idem eſt de parte quoad partem.l.quæ de tota.ff.de rei vend.& ſicuti ob nō citationem emanatam inſtrumentum hoc in caſu non eidem prodeſſe poteſt, minimè & pacta in dicto inſtrumento inſerta, cùm regulariter acceſſorium ſui principalis naturam ſequitur. c. acceſſorium, de reg.iur.in 6.& ſublato principali fundamento,omnia acceſſoria exinde fluentia corruunt. Crauet.conſi. 7?.num.27.Tyraq.in tract.de iur.conſtit.in 3.part.lim. 7.nu.39.& ſeq.

896 Et hoc accedente,†nam cùm ipſe creditor iudicem adiuit,ab eoque petijt, ſe in executione pacti executiui in poſſeſſionē immitti,ſine reſeruatione pacti executiui,in eo ſibi præiudicium attulit; & licentiæ ingrediendi propria auctoritate renunciauit, taliter quòd ad viam facti amplius redire non poteſt: nam illa via, quam ſibi elegit,ſibi pateat. Alexan. conſi.130. num.12. lib.4.Iaſ.in l.2.num.114.C.de iure emphyt. Dec. conſi. 146.num.6.& Ruin.conſ.227.num.12.lib.5. Neguſan.in tract.de pign.in 4.part.prin.num.25. Tyraq.in tract.de iure

iure constit.in 1.part.num.42. si igitur per accessum ad iudicem sine alia reseruatione tacitè pacto executiuo renunciauit: meritò non potest creditor dicere, se illius virtute in possessionem intrasse, & adeundo ad iudicem simpliciter, iudex iuris terminos seruare debebat in concedendo licentiam creditori ingrediendi in possessionem, & sic creditor tenebatur possessorem citare, cum nemo sua possessione sit priuandus, nisi prius citetur. c. licèt Episcopus, de præb. in 6. & ratio est in promptu, nam sicuti multa contra sententiam in executione opponi possunt: ita & pariter contra immissionis petitionem fiendæ in executione pacti executiui. si ita est: ergo citatio erat necessaria. Salic. in l. creditores, num. 29. C. de pign. Afflict. decis. 97. nu. 3. & decis. 326. Negus. in tract. de pign. in 4. part. prin. num. 24. si citatio igitur fuit necessaria, & licentia ingrediendi absque citatione ipsi ingresso fuit concessa, cuius virtute possessionem per vim ingressus fuit, meritò in pœnam d. l. meminerint. incidit.

Et per vim quoque spoliatus censetur deiectus, si ad suam possessionem reuersus fuit, & creditor illum non admisit. Bald. in l. si quis in tantam, nu. 19. C. vnde vi. Alexan. in l. si cum dotem. §. sin autem in sæuissimo, nu. 7. ff. sol. matr. Corn. cons. 207. nu. 18. lib. 2. Soc. consi. 122. num. 17. lib. 4. Durant. in tract. de art. testan. titu. 6. caut. 12. num. 1. dominus meus Soc. iun. cons. 18. num. 15. lib. 2. Crau. consi. 243. nu. 9. in fin. Roland. consi. 6. nu. 37. & seq. lib. 2. Et si spoliator duræ ceruicis esset, qui citationem allegaret non necessariam fuisse, existēte eius instrumento, quod rem notoriam facit. 297

Dupliciter respondeo & dico, † quod instrumentum rem notoriam facit, si prius declaratio notorij dicti instrumenti (citata parte) à iudice sit facta: aliàs secùs erit, cum contra instrumentum multa opponi possunt, ita quod si spoliatus fuisset citatus, dictas exceptiones iuraque sua contra instrumentum allegasset, & iudicem in suam sententiam retrahere potuisset. meritò ergo veridicè spoliator non potest dicere dictū instru- 298

strumentum rem notoriam facere.

Vel & secundo dato, & non concesso, quòd instrumentum rem notoriam efficeret: tamē dico, quod possessoris citatio fuit necessaria. nam si creditor petiisset se associari, non requirebatur citatio. at quia petiit se in possessionem immitti, iuxtà quam petitionem iudex licentiam eidem dedit, non citato possessore, prout de iure requiritur, cuius virtute in possessionem ingressus est, meritò in pœnam d.l. meminerint. incurrit, ita distinguendo declarat Salic. in l. creditores, nume. 29. C. de pignor. Afflict. decis. 97. num. 3. Zuchard. in l. fin. num. 158. versic. ego aliter, C. de edict. diui Had. tollend.

299 Et si iste spoliator allegaret, se id non fecisse causa alienam inuadendi possessionem: potius autem suam defendendi, ob pactum executiuum constituti pacto adiunctum, & ob iudicis licentiam sibi attributā, & sic iustis de causis, & non malo animo motus fuit, quæ causæ cum sint iustæ, illum à dicta pęna excusant, Bald. in l. si quis in tantam. num. 18. & ibi etiam Salicet. in 11. opposit. C. vnde vi. Socin. consi. 122. num. 21. & sequent. lib. 4. Marsil. singul. 167. Ripa in l. centurio, numer. 53. ff. de vulg. & pupil. substit. & in c. sæpè, num. 83. de restitu. spol. Ploc. in l. si quando. num. 54. in fi. C. vnde vi.

300 Respondeo, quòd non dolus: violentia autem tantum consideratur, & etiam simplex violentia, quæ est, quando non citato possessore in possessionem ingreditur, nam tunc inuadens etiam in rem suam, omni iure suo priuatur. d.l. meminerint. Corn. cons. 207. num. 19. lib. 2. Ripa in d. §. nihil commune. num. 59. & sequen. dominus meus Socin. iun. consi. 18. num. 34. lib. 2. Ploc. in dicta l. si quando. num. 53. Roland. consi. 6. num. 26. libro 2. sibique imputatur, cur non propria auctoritate ingressus sit, iuxtà licentiam in instrumento à parte sibi datam, vel non à iudice tantum associationem petierit: facta tamen prius declaratione notorij dicti instrumēti (citata parte) per iudicem, vt suprà dixi; vel si esset

ſet dominus prædij, cur non egerit pro ſui dominij recuperatione remedio reali contra poſſeſſorem, vt habetur in toto tit. ff. & C. de rei vend. ita in terminis tradit dominus meus Socinus iunior conſ. 18. num. 27. lib. 2. cum ſpoliator igitur hoc non obſeruauerit, ſed voluerit in eam ingredi per vim, ob licentiam ſibi à iudice conceſſam, poſſeſſore non citato, & ſic ex abrupto, & nulliter: meritò ſi in pœnam d. l. meminerint, incurrit. Alexand. conſi. 119. num. 20. libr. 2. & in l. iuſtè poſſidet, num. 32. & etiam Iaſ. num. 24. ff. de acquirend. poſſ. Socin. conſi. 158. num. 16. libr. 2. cumque etiam prædo à iudice non ſit ſua poſſeſsione priuandus, niſi illo prius citato. c. in literis, de reſtit. ſpol. Plor. in l. ſi quando, num. 87. C. vnde vi. & eſt propriè tex. d. l. meminerint. qui fuit inductus ad puniendas huiuſmodi violentias quæ à dominis circa res ſuas inferuntur. dominus meus Socin. iunior d. conſi. 18. numer. 26. hancque opinionem ſentit Ripa in d. §. nihil commune. num. 74. in fin. vbi vult, quòd confirmatio poſſeſsionis occupatoris non fiat, etiam ſi notoriiſsimè de proprietate rei conſtaret, ſi ſpoliatus ageret contra ſpoliatorem remedio dictæ l. meminerint. ita & quoque tradit Berous quæſtio. ſuis famil. quæſt. 3. num. 4. in fin. & ſeq. & vt aliàs tetigi. ita quod ex illorum auctoritatibus, & ex aliis ſuprà allegatis comprobatur, ſpoliatorem omni ſuo iure eſſe priuandum, quia ille in pœnam d. l. meminerint, incurrit.

Sed vltrà præmiſſa dico etiam, quòd dictum pactũ executiuum non eſt clarum, exiſtente ſimulationis exceptione, contra cõtractum in inſtrumento inſertum oppoſita, per quam inſtrumentũ offuſcatur, vt in principio huius articuli dixi. meritò ſi allegatio dicti inſtrumenti ſpoliatori non prodeſt, quin per iudicem declaretur, illũ omni ſuo iure eſſe priuatum, iuxta d. l. meminerint, cum in poſſeſsionem alienam per vim ingreſſus ſit, propter licentiam à iudice ſibi nulliter cõceſſam. 301

Et ſi allegaret, quod ipſe non ita ſit ingreſſus, cauſa

sa iniuriam possessori inferendi, sed iustis ex causis motus fuit, quæ causæ illum à dicta pœna excusare debent.

302 Ego dico, quòd † si hæc allegatio illum à dicta pœna excusaret, sequeretur, quòd d. l. meminerint. nunquam sibi locum vendicaret, cùm quilibet potuisset dicere, se in possessionem alienam fuisse ingressum, non animo iniuriam possessori inferendi, sed quia credidit, ita sibi licitum fuisse ob licentiam sibi à iudice concessam, quamuis illa sit vel appareat nulla. vnde ne d. l. meminerint. sit superflua, quod non est dicendum, cum nulla lex sine aliqua operandi virtute debeat esse. l. si quando. ff. de leg. 1. c. si Papa. de priuileg. in 6. meritò si necessariò cogamur fateri, spoliatorē ob prędictas causas non esse excusandum, attento quòd quælibet causa illum non excusat, tractando de pœna legali; vel pecuniaria, vt fit in præsenti casu nostro. Ias. in d. l. iustè possidet. num. 32. & seq. Alc. in tract. præsum. regula tertia, præsumpt. 30. num. 6. & vt aliàs suprà dixi. igitur, &c.

303 Nec obstat dicere, quòd † sicuti præceptum executiuum fieri potest, & est validum, existente pacto executiuo instrumentali, cuius virtute si possessio ei, in cuius fauorem præceptum sit factum, relaxatur, & ipse in eam ingrediatur, non incidit in pœnam d. l. meminerint. Bart. in l. si quis in tantam. num. 24. & ibi etiam Salic. num. 9. in fin. C. vnde vi. Ias. in l. nec quicquã, §. vbi decretum, num. 7. ff. de offic. proconsul. Ripa in l. filiusfamil. §. diui, num. 117. in fin. ff. de leg. 1. ita ergo, & si virtute dictæ licentiæ sibi à iudice concessæ non citato possessore in possessionem ingrediatur, in executione pacti executiui pœnam non meretur, quia quod fit lege permittente, puniri non debet. l. Gracchus, C. de adult.

304 Sed ego † huic argumento respondeo, & dico, quòd existente exceptione simulationis in specie cōtra contractum in instrumento insertum opposita, si illa vera liquidabitur: proculdubiò cæteræ omnes clausulæ cense-

censerentur simulatæ, nihilque operarentur neque valerent. Bart. in l. nemo potest. num. 11. & ibi etiam Cro. colum. 20. versi. aduerte tamen. & cæteri scribentes ibi, ff. de leg. 1. Paris. consi. 55. num. 23. lib. 1. & consi. 53. & num. 40. eod. lib. Rube. consi. 110. num. 2. neq; ex eo transfertur possessio neque dominium per pactum constituti & precarij, quia illæ clausulæ nullius effectus sūt. Paris. d. consi. 55. num. 21. & seq. & contractus simulatus & fictitius, carens consensu & substantia in spiritu, nihil operatur, quia est tanquam corpus sine anima. Paris. d. cons. 55. nume. 24. si ergo dictæ clausulæ nihil valent, meritò vtique spoliator in pacto executiuo fundamentum aliquod facere non debet, & sic ratio argumenti in contrarium allegati cessat: ergo & dispositio dicti argumenti l. adigere. §. quamuis. de iur. patr. c. cū cessante, de appel. in 6.

Præterea dico, quòd ratio † longè diuersa subest à prædicto casu ad casum nostrū. nam in obiectione contraria, si possidens sua priuatus sit possessione, illa vtique priuatio cum ipsius priuati consensu fuit facta, nam præcepto sibi à iudice emanato, ille cōparere debebat, & allegare in specie contractum instrumenti fuisse & esse simulatum, vel se soluisse, vel sibi fuisse illud creditum renuntiatum, vel alias exceptiones similes proponere, quæ contra instrumenti contractum excipi possunt, & illis exceptionibus verificatis, illæ penitus instrumentum elidunt, & illo vtique sublato cum omnibus suis clausulis, præceptum quoq; annullatur & remouetur tanquam nullum, cum à præceptis & à viis executiuis non sit inchoandum. l. 1. C. de exec. rei iud. nam antequam iudici causa cognita non cōstat, præcipere non potest. Bald. cons. 177. nu. 2. in fin. lib. 3. Cagnol. in l. vnic. num. 102. ff. si quis ius d. & ideò videmus quòd ille, cui præceptum sit factum, in sua possessione perseuerare potest, & fructus colligere non obstante præcepto sibi à iudice emanato, stantibus exceptis & propositis per illum vt suprà. l. sciendum. §. si fundum. ff. qui satisd. cogan. nam si citatus fuisset, iudi-

cem

cem in suam trahere sententiam potuisset, antequam sibi mandaret, meritò si in sua possessione (non obstãte præcepto) perseuerare potest. Areti. in §. curare, nu. 17. Instit. de act. Plot. in l. si quando, num. 105. C. vnde vi. & præceptum suspenditur, donec possidens summariè suas probat exceptiones. Plot. in d. l. si quando, num. 91. illisque hoc modo probatis in iudicio summario, præceptum reuocatur tanquam iniustum: aliàs illis in hoc iudicio summario non probatis, possidens illi præcepto parere teneretur, aliàs mulctabitur. Plotus in dicta l. si quando. num. 105. si igitur sine alia comparitione, sineque iurium suorum exceptione iste possidens suam relaxat possessionem illi, in cuius fauorem præceptum fuit factum, sibi imputatur, cum tacitè videatur fateri, se ius in prædio non habuisse, & per consequens præceptum fuisse & esse validum, qui tacitus consensus in non contradicendo in iudicio sufficit. l. cum ostendimus, §. fideiussores, ff. de fideiuss. tuto. Ripa in d. §. nihil commune. nume. 72. & si ergo iste per vim compulsiuam sua priuatus fuit possessione, ad illam non restituitur, allegando simplicem tantum nullitatem. l. fin. §. fin. ff. quod metus caus. cum ex spoliati consensu illi possessio fuit relaxata, ergo cessat ratio d. l. meminerint: & per consequens & eius dispositio. c. cum cessante, de appellat. in 6. l. adigero. §. quamuis. de iur. patr.

306 Secùs verò erit, † si non per viam præcepti, sed virtute licentiæ sibi à iudice non ritè datæ, spoliator ingressus sit, & spoliatus per vim expulsiuam sua possessione sit deiectus, tunc dici non potest, tacitum illius consensum interuenisse, cùm non fuerit admonitus, neque citatus, ad dicendum & docendum iura sua, prout poterat facere ille, cui præceptum erat factum. cum igitur ex abrupto, fulminanter, & velo leuato licentia ingrediendi sibi à iudice fuerit data, cuius virtute in possessionem ingressus sit, meritò si ingrediens ceciderit in pœnam d. l. meminerint. quæ constitutio d. l. fuit ad hunc finem ab Imperatore inducta, ne quis sua

priue-

priuetur possessione, nisi illo prius citato, aliàs spoliator omni suo iure priuabitur, etiam si spoliator esset dominus rei. & hoc est, ne iniuriarum nascatur occasio, vnde iura oriuntur. d. l. meminerint. Ias. in l. iubere. num. 5. ff. de iurisd. omnium iud. Ripa in d. §. nihil commune, num. 74. Gram. cons. 150. num. 33. in ciuilib. si ratio igitur diuersa sit à præcedenti casu ad casum nostrum: meritò si de illo ad hunc non fiat argumentatio, quoniam ex diuersis non fit illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minor. & ideò ex his concludenter dici potest, hunc ita ingressum omni suo iure esse priuãdum, si aliquod ius in dicta re haberet, restituendo quoque spoliato possessionem ante omnia, iuxtà d. l. meminerint.

Si autem † spoliatus agendo remedio d. l. meminerint. nihil contra spoliatoris instrumentum alleget, neque excipiat: tacitè illud confirmat, qui tacitus consensus in non contradicendo in iudicio sufficit. l. cum ostendimus, §. fideiussores. ff. de fideiussorus. Ripa in d. §. nihil commune, num. 72. si ergo spoliatus affirmat instrumentum esse validum, veritatemque continere, & in eo pactum executiuum & constituti reperiatur: meritò si ille in possessionem per vim, propria auctoritate ingredi potuit. Bart. in l. creditores, num. 19. & ibi Salic. quoque numer. 12. C. de pignorib. Gozad. consi. 28. num. 15. & consi. 95. num. 8. dominus meus Socin. iun. cons. 146. numer. 9. lib. 1. si spoliator vtique in illam proprià auctoritate ingredi potuit, & iudicis licentia sit nulla, quia spoliatus non fuit citatus, meritò perinde igitur habetur, ac si sua auctoritate propria in possessionem intrasset. Bart. in dicta l. creditores, num. 26. circa medium. Tyraquel. in tract. de iure constit. in tertia parte, limit. 17. numer. 13. ergo per dictum ingressum etiam per vim, ingressor non punitur, sed potius in sua possessione confirmatur. glos. est secunda in d. l. meminerint. Bart. in d. l. creditores, nu. 26. circa medium. Aret. in §. actionum autem, nu. 16. Instit. de act. Ias. in l. 2. num. 112. C. de iure emphyt. Zu- 307

chard.in l.fin.nu.230.C.de edicto diui Hadr.tol.neque eo in casu spoliatus de spolio excipere potest.Parisius cons.5.num.27.lib.4.

308 Et vltra allegata, ratio in promptu est:† nam si spoliatus nihil contra instrumenti contractum allegat, neque excipit,tacitè illum confirmat.d.§.fideiussores, confirmandoque illum esse verum, & instrumentum veritatem continere:meritò si instrumentum remunotoriissimam facit.Decius in c.licèt causam,num.24.de probat.Cagnol.in l.si librarius,num.81.& seq.ff.de regul.iur.& vim diffinitionis causæ habet.Crauet.cons. 31.num.7.D.meus Cæphal.cons.218.num.1.& sequent. & num.7.& sequent.& illud notorium, cum ex actis præsentibus quoque constat, ob non spoliati contradictionem,d.§.fideiussores. nullam notorietatis declarationem requirit.Decius consi.302.colum.fin.in princip.Vant.in tract.de nullit. in tit. quis possit dicere de nullit. num.53.& super notorijs iuris ordo relaxatur. Dec.in c.cum speciale.§.porrò.num.2.circa medium. de appellat.Mars.in pract.§.aggredior,num.125.& vt alias tetigi. si iuris igitur ordo relaxatur, ergo citatio non fuit necessaria.nam illud quòd fieri potest eo præsente,& inuito,pariter & illo absente & nō citato fieri non prohibetur.l.4.§.illud.ff.de fideicōm.liber.meritò si ipse creditor per dictam ingressionem non in aliquam pœnam incidit, existente instrumento cū pacto constituti,& executiui in instrumento inserto,iuxtà doctrinam Bart.in d.l.creditores,sub nu.26.

309 Et hoc accedente † cum d.l.meminerint. tantum fuit inducta causa refrenandi violentias, iniustasque illorum voluntates, qui licentiam impetrabant in possessiones alienas ingrediendi per viam rescripti, siue per iudicis viam,nulla intimatione possessori emanata.& quia satis iniquū est, vt quis sua priuetur possessione,nisi prius possessore citato, hac ratione Imperator in dicta legis constitutione decreuit & sanciuit, quòd si quis nō citato possessore in alienam possessionem ingrediatur,omni iure suo priuatur, quod in dicta

cta re habebat, & haberet; restituendo rei possessioné ad spoliatum, vt perspicuè legitur in d.l.meminerint. quæ ratio d.l.cessat, quando quis possessionem alicuius propria aggredi auctoritate potuit, ob licentiam cõuentionalem sibi à parte in instrumento datam, quę sit cum constituti pacto adiecta, ex quo constituens possessor non dicitur posidere, sed ille tantum pro quo possidet, l.quod meo. l.generaliter. & ibi Alex. & scribentes.ff.de acquir.poss.in quem virtute pacti constituti, fuit translata verè possessio ciuilis & naturalis.l.certè.§.fin.ff.de prec.secundùm receptissimã Dd. conclusionem, prout refert sequendo Ias.in l.si is qui pro emptore, nu. 95.& seq.ff.de vsucap.Tyraq.in tract. de iter. const. in secunda part. in prima ampliatione, num.2 & seq.vsque ad fin.dictæ ampliationis. Roland. in quæst.75.num.25.super statuto de lucro dotis, & vt satis amplè in tract.quorum bonorum dicam, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam. si ergo ob pactum constituti vera possessio ciuilis ac naturalis in constitutarium translata fuit, & licentia possessionem propria apprehendendi auctoritate sibi conuentionaliter à parte data fuit, prout in instrumento legitur: sequitur necessariò ipsum constitutarium in possessionem constituentis potuisse propria ingredi auctoritate, d. l.creditores. & cum ita sit ingressus, etiam per vim, in dictam pœnam non incidit, ratioque in promptu est. nam constitutarius violentiam possessori non intulisse censetur, suam autem tantum possessionem defendisse à parte & à iure sibi permissam. Bart. & Salice.in d.l.creditores.

Augente quoq; hac ratione, †quia d.l.meminerint, sibi locum vendicat, quando sumus in dubio, an propria auctoritate possessionem aggredi potuit. Dec.cõsi.191.in fin.nos autem sumus in casu perspicuo & certo, illum ob constitutũ & pactum executiuũ in instrumento insertum, propria auctoritate in possessionem ingredi potuisse, vt clarè deprehenditur ex nõ contradictione iudiciali ipsius spoliati, per quã taciturnita- 310

tem arguitur, illum fateri instrumentũ veritatem continere. d. §. fideiussores. si propria igitur auctoritate possessionem aggredi potuit, etiam per vim: meritò sequitur hæc cõclusio clara, quòd actio d. l. meminerint. spoliato non competit, & per consequens succumbet, cum nemo sine actione agere possit. l. si quid possessor. §. sicut, in fin. ff. de pet. hæred.

Et hoc quoque modo tollitur illud fundamentum per quod dicebatur, si spoliatus ageret remedio d. l. meminerint. spoliatori non permitteretur, proprietatem & dominium ipsius rei spoliatæ excipere. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 74. in fin.

311 Nam respondeo & † dico, id esse verum, si d. l. meminerint, sibi competeret. sed non hæc valet consequentia, agit remedio d. l. meminerint. ergo illa actio sibi competit, nisi requisita dictę legis probaret. Castr. consi. 81. colum. 2. vers. nec sufficit, lib. 2. in nouis. quod equidem spoliatus in casu nostro facere non potest: tum ob rationem in pręcedenti argumento allegatam: tum quia perspicuè constat, ob eius non contradictionem in iudicio emanatam, instrumentum valere, continereque veritatem, & rem notoriissimam facere, vt suprà aliàs dixi, meritò si virtute pacti executiui, constitutique in instrumento inserti, per vim quoque possessionem aggredi potuit. Bart. & Salic. in d. l. creditores. Alexan. cons. 105. num. 17. libro 3. Iason in l. 2. num. 110. C. de iure emphyt. non obstante ratione l. non est singulis. ff. de regul. iur. nam illa lex sibi locum non vendicat, quando licentia propria auctoritate ingrediendi à parte ingresso datur. Iason in dicta l. secunda, numer. 110.

Et si diceretur quòd licentia iudicis est nulla, quia possessor non fuit citatus.

312 Ego huic obiectioni respondeo, † & dico, quòd si licentia iudicis fuit, & sit nulla: ergo perinde habetur ac si ipse creditor in possessionem propria auctoritate ingressus sit, quod equidem facere potuit, vt suprà dixi: meritò si in dicta possessione confirmatur. Bart. in

in l.creditores, sub num.26.Zuchard.in l.fin.nu.230.C. de edict.Diui Hadr.toll.Dominus meus Cæphal.consi.272.num.77.& cæteri Dd.præallegati, qui in his terminis loquuntur, cùm clarum sit & notorium, illum propria potuisse auctoritate sibi à parte concessa, in eã ingredi, prout est in casu præsenti, stantibus rebus vt suprà, aliàs secus erit.

Nec obstat dicere, quòd facultas propria intrandi 313
auctoritate in possessionem, operatur ingressum possessionem restituere non teneri, quando illam absque violentia habuit: aliàs secùs. Ripa in c. sæpè, num. 86. in fin.de restitut.spoliat.Dec.cons.191. colum.penult. versi.septimò.Paris.cons.1.num.175.lib.1.Craue.consi. 302.colum. penult. circa medium. ergo sentiunt dicti commemorati patres, quod si illa possessionis apprehensio cum violentia sit, illa vtique facultas propria possessionem auctoritate apprehendẽdi ipsi ingresso non prodest.

Sed ego huic argumento respondeo, & dico, quòd dicti Doct.loquuntur, quando pars propia ingredi auctoritate possit: vt puta, quando res est confiscata, quia Camera rei possessionem confiscatæ propria apprehendere auctoritate potest. Doct.communiter allegati vt suprà. vel quando licentia sibi in possessionem intrandi propria auctoritate sit à iudice data; nam dico, quòd in his casibus, per vim ingredi non potest. Ripa in l.in quartam, nume.118.ff.ad legem Falcid. secundùm veriorem & crebriorem Doctorum opinionem, in principio huius articuli præallegatam, & vt aliàs suprà tetigi. secùs verò est, quando hęc intrandi facultas à parte concedatur, cum adiectione pacti constituti, prout in instrumentis quotidiè fit, & tunc per vim contra resistentem in possessionem propria auctoritate ingredi poterit. nam non dicitur possessionem possessoris tollere, sed virtute pacti constituti, iuxtà l. quod meo.ff.de acquir.possess. possessionem suam defendere, & illi per vim insistere potest. Iason in l.2.numer.104.& seq. & num.117. C.de iure emphyt. Ruinus

consi.127.num.7.& pluribus seq. lib.5. Tyraq. in tract. de iur.const.in 1.part. nu.37. sed ego censeo hanc conclusionem esse veram, si possessor sit singularis successor constituentis: quia creditor incontinenti per vim in possessionē ingredi poterit, & in illa quoq; per vim se defendere & insistere, secùs verò erit, si ex interuallo, contra singularem successorem resistentem per vim ingredi voluerit, quia hoc in casu violentia contra resistentem de iure eidem non permittitur, & illa non vti potest. Ruinus consi.127.num.9.& sequent.lib.5. Tyraq. in tract. de iure const. in 1.part.nu.45, Crau.consi. 154.num.4.

314 Nec prædictæ conclusioni obstare videtur illud, quod de domino emphyteutæ dicitur, qui ciuilē quoque possessionem habet, & tamen non propria auctoritate emphyteutam, canonem non soluentem, & de facto resistentem, expellere potest, neque in sua illum possessione turbare. Bart. in l.2.nume.3. C.de iure emphyt. Alexan.consi.105.num.17.& seq. lib.3. Dec.consi. 191.colum.penult.vers.septimò. Iulius Clarus in trac. suis, in §.emphyteusis, num.11.etiam si constaret, illam rem esse emphyteuticam. Craue.consi.302.colum.pen. circa medium.

Huic autem argumento multipliciter responderi potest & dici, quòd non desunt, qui in materia emphyteuticaria contrarium censuere, videlicet, dominum emphyteutæ emphyteuticarium expellere posse, quādo ille non negat rem esse emphyteuticam. Bald. in l.2, num.9.C.de iure emphyt. Dec.cons.146. num.7. Rube. consi.10.num.6.in fin. dominus meus meus Socin. iun. consi.35.num.13.lib.3. Crauet. consi.302.colum.penult. circa medium.

Alij autē fœdere distinctionis existimauere, quòd Doct. contrarium tenentes, loquantur quando resistentia ab emphyteuta per vim domino sit facta, & dominus desistat in possessionem ingredi: tunc Doct. distinguentes volunt, quòd in illo casu, dominus suam ciuilem amittat possessionem, ita quòd si deinde ex inter-

interuallo ad suam possessionem redire voluerit, & illam per vim ingredi possessore de facto resistente minimè poterit: cum hoc in casu violentia, sibi de iure non permittitur, secùs verò erit, si incontinenti in possessionem per vim ingrediatur, quia hoc in secundo casu violentia sibi de iure conceditur. ita concordãdo opiniones distinguit Ias. in l. 2. num. 103. in fin. C. de iure emphyt. Tyraq. in tract. de iure const. in 1. par. nu. 45. & 60. quamuis Ias. in d. l. 2. nu. 108. in fin. dicat, quòd communiter contrarium tenetur, & ideò Iul. Clar. in d. §. emphyteusis. num. 11. dicit, quòd dominus emphyteutæ prudentiùs ageret, si in possessionem iudicis auctoritate intraret.

Alij autem dixere, quòd in domino emphyteutæ est speciale: secùs est in locatore, & in alijs contractib. Alexan. consi. 105. num. 17. lib. 3. & cum ita sit, ergo argumentum domini emphyteutæ in contrarium allegatum non obstaret.

Verùm quicquid sit in domino emphyteutæ, satis mihi videtur, quod longè diuersa sit ratio à domino emphyteutæ, ad casum nostrum: ergo de illo ad hunc non debet fieri illatio. l. Papinianus exuli. ff. de minor. cum simil. quòd inter prædictos duos casus diuersa sit ratio, euidenter demonstro, nam dominus emphyteutæ ciuilem tantum possessionem habet: emphyteuticarius autem naturalem, vt concludunt omnes Doct. præallegati vt suprà: constitutarius autem ciuilem, naturalem, veram, & propriam habet, ac si traditio interuenisset, & hoc propter pactum constituti. Iason in l. 2. num. 104. in fin. & in l. fin. num. 133. C. de iure emphyt. & in l. si is qui pro emptore, num. 395. & seq. ff. de vsuc. Ruin. consi. 61. num. 12. lib. 3. Paris. consi. 172. num. 2. lib. 4. Afflict. decis. 139. num. 9. Boer. decis. 112. num. 5. in prima part. Tyraq. in tract. de iure constit. in 2. par. in 1. ampliat. num. 2. & seq. & nu. 7. in fin. vbi asserit, hanc esse communem Doct. opinionem, quam semper sequi solet, vt ibi per eum, & prout quoque ita affirmat 315

dominus Rimin.iunior in §.1.num.77. Instit.de donat si vera vtique possessio ciuilis, naturalisque, per constituentem in constitutarium transferatur, & sit translata, meritò si constitutarius per vim in possessionem propria ingredi auctoritate potuit, cum non alienam occupare possessionem censeatur, at potius suam possessionem defendere, & in illa quoque insistere, & perseuerare, iuxtà doctrinam Bart. in d.l.creditores, num. 19. communiter receptam, vt aliàs suprà tetigi. quòd enimuerò secùs est in domino emphyteutæ, qui ciuilem tantum possessionem habet, & emphyteuta naturalem, vt per scribentes in d.l.2. per quam ciuilem sibi de iure non permittitur per vim in possessionem ingredi, emphyteuta possessore de facto resistéte, & hoc causa rixam euitandi. nam singulis non debet esse permissum illud, quòd publicè per magistratum fieri potest. l.non est singulis, ff.de regul.iur. & ideò non ab re decreuerunt, quod dominus emphyteutæ consultiùs faceret, si in facti contingentia, iudicis auctoritate possessionem apprehenderet, vt per Ias. in d.l.2. num.108. in fin. & per Iulium Clarum in tract. suis in §. emphyteusis. nu.11. meritò si de casu domini emphyteutæ, ad casum nostrũ, non illatio fieri debet. l.Papinianus exuli, ff.de minor. l.naturaliter. §.nihil commune. ff. de acquir. poss. igitur, &c.

316 Et profectò valde admiratus sum de Ias. qui has duas Bart. doctrinas censuit fuisse, & esse adinuicem contrarias: videlicet doctrinam Bart. in d.l.creditores, nu. 19. & alteram eius doctrinam in d.l.2. nu.3. & pro illarum concordia, plures fœdere distinctionis respõsiones attulit, quibus, si rectè aduertisset ad allegata per me vt suprà, non reperisset illas discordantes & contrarias esse. benè autem ob rationes diuersas ab ipso Bart. fuit in dictis locis declaratum & tentum; & vtrũque dictum illius (si rectè & internè introspiciatur) optima ratione fuit dictum. Conclusio igitur ex præallegatis perspicua, & satis vera, resultat, quòd si etiam in instrumento emphyteutico, licentia expressè domino

mino emphyteutæ propria in possessionem auctoritate ingrediendi data fuisset, & illa pacto cõstituti adiuncta sit, proculdubiò licitum erit domino emphyteutæ, propria auctoritate, & per vim in possessionem ingredi, & emphyteutam canonem non soluentem expellere. Bart. in d. l. creditores. num. 19. Ias. in d. l. 2. nu. 109. Curt. Iun. cons. 127. num. 3. Rube. cons. 10. num. 7. secundùm crebriorem, & veriorem Doct. opinionem, vt aliàs suprà dixi. secùs verò est, si in instrumento pactum constituti non extat, & licentia expressè domino emphyteutæ ingrediendi in possessionem propria auctoritate non sit data, si emphyteusim ad dominum emphyteutæ deuolueret, tunc per vim dominus emphyteutæ in possessionem ingredi, & illum expellere (non quoque canonem soluentem) propria auctoritate non poterit, & in his terminis vendicat sibi locum doctrina Bartoli in d. l. 2. num. 3. & hoc modo remanet defensata hæc opinio mea, distinguendo & declarádo, vt suprà dixi.

Verumtamen ego arbitror quoque, quòd in puncto iuris hæc propositio de iure sustineatur, videlicet quòd indistinctè ille, qui propria auctoritate in possessionem ingredi potest, licèt conuentionaliter in instrumento sibi à parte data, constituti pacto adiuncto, etiam si licentia à iudice sibi concederetur, (possessore non citato) ingrediendi in illius possessionem, & in illam per vim ingrediatur, propter hoc, non incidit in pœnam d. l. meminerint. & per consequens expulso per vim remedium huius l. meminerint. non competit, etiam si contra contractum instrumenti exciperet simulatum fuisse & esse, & simulationem in specie allegaret, nisi illa ab eo probaretur, vt inferiùs liquidò demonstrabo. 317

Et primò pro principali præmisso huius meæ conclusionis motus fui ex hoc vnico fundamento: nam iudex qui instrumentum pactionesque in illo insertas vidit, cognouit, illum propria auctoritate in possessionem ingredi potuisse, & ob pactum constituti, per

quod vera ciuilis naturalisque possessio in illum fuit translata, & sic propter instrumenti notorietatem, quod iudex fecit, confirmauit approbauitque licentiam, propria possessionem auctoritate ingrediendi, & id fecit tanquàm merus executor in executione dictorum pactorum tam notoriorum. Paris. cons. 147. nu. 9. lib. 4. Crau. cons. 5. nu. 7. in fin. Gramm. decis. 36. nu. 44. & seq. Blanc. in tract. de compromiss. quæst. 4. num. 43. quòd iudex equidem sine partis citatione facere potuit: quia instrumentum rem notoriam facit. Cagn. in l. si librarius. nu. 81. & seq. ff. de reg. iur. Deci. consil. 36. Gramm. decis. 45. num. 9. & seq. Crauet. cons. 31. num. 7. Alciat. in tract. præsumpt. reg. 3. præsumpt. 13. num. 8. & Dominus meus Cæphal. cons. 218. nume. 1. & seq. dicit, instrumentum vim decisionis causæ habere. & pro veritate habetur: cumque in notorijs iuris ordo relaxetur. Marsil. in pract. crim. §. aggredior. nu. 125. Paris. cons. 147. nu. 8 & seq. libr. 4. Gram. decis. 36. nu. 55. & seq. meritò si hoc in casu iudex hanc licentiam ingrediendi in possessionem huic creditori concedere potuit, virtute tam dictæ licentiæ, quàm quoque dictæ pactionis, & creditor illum de dicta possessiõe expellere potuit: quæ expulsio de iure sustinetur & valet. Felin. in c. Ecclesia Sanctæ Mariæ. nu. 20. extra de constitu. Dec. in l. si pacto quo pœnam. num. 5. C. de pact. & consi. 191. colum. 3. in fin. Ripa in l. filiusfamil. §. Diui. num. 117. in fi. ff. de lega. 1. Zuchard. in l. fin. num. 110. vers. prædicta. C. de edicto D. Hadr. toll. Curt. Iun. cons. 127. nu. 6. Crau. cons. 5. num. 6. in fin. & seq. Gramm. decis. 36. num. 70. & seq. & cùm ita in illam ingressus sit, in ea quoque persistere potest. Dominus meus Soc. Iun. cons. 35. num. 13. lib. 3. & dominus etiam meus Cæphal. cons. 272. nu. 77. & faciunt allegata per Iasonem in l. nec quicquam. §. vbi decretum. nume. 7. ff. de offic. proconsul. Ripa in dicto §. Diui. nume. 117. in fine. cùm igitur ita sit, meritò si remedium d. l. meminerint. expulso non competat.

318 Et tantò fortiùs, cùm d. l. meminerint, hoc in præsenti

senti casu sibi locum non vendicet, nam in illo non loquitur, qui possessionem propria auctoritate ingredi potest: at tantum in eo, qui quærit per rescripti siue iudicis viam in alterius possessionem (possessore non citato) immitti, quòd equidé, si propria auctoritate possessionem ingredi posset, inane perquireret se in possessioné per rescripti viam immitti: cùm quis frustrà precibus illud petit, quod à iure communi sibi conceditur. l. fi. in fi. ff. ad municip. l. Imperatores. ff. de priuileg. cred. l. 1. C. de thesaur. lib. 10. sed iste creditor in casu nostro hanc licentiam conuentionalem propria auctoritate ingrediendi habet, ergo per huiusmodi ingressum non punitur pœna d. l. meminerint. cùm ille violentiam possessori intulisse nō censeatur: suam autem tātùm possessionem defendisse, quòd sibi licitum fuit, etiam per vim, existente pacto executiuo iuncto cum constituti pacto in dicto instrumento insertis. Tiraq. in tract. de iur. const. in 1. par. nu. 37. & alij Doct. ad id propositum prællegati, & vt suprà dixi.

Nec obstat dicere, quòd instrumentum rem notoriam non facit, quando contra illud opponitur, igitur, &c.

Sed ego respondeo, & dico, hanc consequentiam non valere, contra instrumentum opponitur, ergo pactum executiuum & constituti non valet. nam non sufficit opponere, sed exceptiones probare oportet. l. si prius. ff. de noui oper. nunc. & ibi glo. & Scribentes. c. dilecti. ibi. opposita & probata. de except. & istæ exceptiones summarijssimè, & sine libello cognoscuntur. Bar. in d. l. creditores. nu. 26. & ibi etiam Salic. num. 29. Alex. cōs. 131. nu. 5. lib 4. Ias. in l. 2. nu. 113. circa medium. C. de iure emphyt. Negus. in tract. de pignor. in 4. part. princip. num. 24. Blanc. in tract. de compromiss. quæst. 4. num. 43. 319

Et hæc quoque propositio procedit, si benè pars contradiceret. Ias. in d. l. 2. num. 111. vers. subdit. & præsertim hæc conclusio est vera, si pactum executiuum & constituti in instrumento extaret: secùs verò erit, si pro-

si probandum sit per testes: nam tunc libellus & litis contestatio requiritur. Bart. in d. l. creditores. num. 26. ver. præterea. & ibi quoque Salic. num. 29. vers. aduerte. Neguf. in loco & numero allegato, vt supra. in casu autem nostro dicta pacta in instrumento leguntur, ergo illæ exceptiones per opponentem summariè sunt probandæ, vt suprà dixi. illis autem non probatis, liquidò constaret, illas non fuisse veras, & creditorem propria auctoritate & per vim, in possessionem ingredi potuisse: & quia quoque per nouam spoliati præsentiam in iudicio emanatam citationis defectus purgatur: meritò, si dicta possessio ingresso nouiter datur, & illa ita nouiter data, confirmatur. l. 3. §. si quis missum. ff. de Carbo. edict. ad hoc vt circuitus euitetur. l. fin. §. fi. ff. quod met. cau. ita in proprijs terminis tradit Bart. in d. l. creditores. num. 26. circa medium. Aretin. in §. actionum autem. num. 16. Inst. de act. Ias. in l. 2. num. 12. & seq. C. de iure emphyt. Zuchard. in l. fi. nu. 230. circa medium. C. de edict. D. Hadria. toll. Paris. cons. 172. per totum. lib. 4. D. meus Soc. Iun. cons. 35. nu. 13. lib. 3. decis. Pedem. 34. nu. 19.

320 Et quamuis Crauet. cons. 171. num. 17. dicat, quòd si creditor in possessionem ex primo decreto missus sit, eandem rem ratione hypothecę retinere non possit, & hoc est, quia eo nomine missus non fuit: tamen Deci. contrarium tenet cons. 449. num. 22. cuius auctoritate Senatores Pedemontani non audent opinionem Crau. affirmare, vt patet in eorum decis. 34. nu. 17 & ideo in casu nostro licèt creditor ob licentiam iudicis nullam in possessionem ingressus sit: tamen quia per acta de præsenti notorijssimè constat, ob suas exceptiones nō probatas, illum propria auctoritate possessionem aggredi potuisse, & instrumentum veritatem continere, ita quod perspicuè patet, si possessor citatus fuisset, hanc immissionem impedire nō potuisset: ergo illius citatio non fuit necessaria: nam si dicta licētia sibi fuisset concessa illo præsente & inuito, pariter & quoque eo ignorante & non citato. l. 4. §. illud. ff. de fideicom-

miss.

miss.lib.l.qui potest inuitis, & ibi Cagn.nu.6.ff.de regul.iur. meritò si iste ita ingressus in aliquam non pœnam incidit, licèt possessor in concedendo hanc licentiam non citatus fuerit. Ias. in l. nec quicquam.§. vbi decretum,nu.7.ff.de offi.proconſ.Rip.in d.§.Diui.nu.117.in fi.D.meus Soc.Iun.conſ.35.num.13.lib.3.Marant. in tract.de ord.iud.in 6.part.in titu.de citatione,nu.5. & ideo potiùs in sua possessione à iudice est tuendus, cùm constituens nō dicatur possidere,sed ille pro quo constituit.d.l.quod meo.officium cuius est manutenere possessorem in sua possessione.Deci.in l.fi.num.5.in fin.& ibi etiam Zuchard.num.102.idem Dec.conſ.467. num.16.

Et hac ratione accedente,nam creditor pactum executiuum contra tertium & singularem successorem possessorem (eo non citato) & per vim exercere potest,dummodò pacto executiuo adiectum sit constituti pactum in instrumento crediti,licèt etiam creditum non sit liquidatum.Alexan.cònſ.85.num.5.lib.3. Corn. conſ.82.nu.8.lib.3.Soc.consi.82.nu.8.lib.3.Aret.consil. 21.nu.5.Gozad.consi.42.num.11. & seq. Ruin.consi.152. num.4.verſ.secundò respondetur.lib.4. Afflict.deciſ. 139.nu.5.Tiraq.in tracta.de iur.const.in 1.part.nu.38. & 43.si prius constabit, illum habere causam à principali debitore.Soc.conſ.96.num.12.libr.4. Tiraq. in tract.de iur.const.in 1.part.nu.48.& hanc deiectionem per vim contra singularem successorem creditor facere potest, dummodò incontinenti id agat,quia ex interuallo resistentem de facto expellere propria auctoritate nō potest.Iaſ.in l.2.num.104.& seq.C.de iur. emphyt. Ruin. conſ.127.nu.7.& seq.lib.5. Tiraq.in tract. de iur.const. in prima part.nu.45.si ergo constitutarius incontinenti singularem successorem per vim propria auctoritate sua possessiōe expellere potest,ergo & iudex dictam licentiam eidem concedere potuit eo non citato: quiá illud quod potest fieri eo præsente & inuito, pariter & illo absente & ignorante.l.4.§.illud.ff.de fideicommiss.libert. & cùm ita sit, & constitutarius hanc possessio-

sessionem apprehenderit, meritò si in pœnam dic.l. meminerint. non incidit.

322 Et si velimus, quòd factum iudicis partis factũ censeatur. Zuchard. in l. fi. nu. 108. C. de edict. D Hadr. tol. tu igitur sic arguas, & dic, constitutarius propria auctoritate possessionem aggredi potuit. d.l. creditores, ergo & ipse iudex (cuius factum partis factum iudicatur) hanc licentiam propria auctoritate in possessionẽ ingrediendi (possessore non citato) concedere potuit, & de iure sustinetur, ita quòd creditor in dicta possessione confirmatur. Areti. in §. actionum autem. num. 16. Inst. de act. Paris. cons. 108. nu. 25. & seq. libr. 1. Tiraq. in tract. de iur. const. in 3. par. lim. 17. nu. 13.

323 Et si licentia iudicis non valet, ex quo possessor nõ fuit citatus, ergo habetur, ac si nõ concessa fuisset. Rol. cons. 20. num. 45. lib. 2. & paria sunt non esse, & esse, sed nulliter esse. Dec. in l. 1. §. hæc autẽ verba. nu. 6. ff. quòd quisque iur. & cons. 360. nu. 2. Ripa in l. 4. §. condemnatum. nu. 3. & seq. ff. de re iudi. D. meus Soc. Iun. cons. 49. num. 2. & seq. lib. 2. Crau. consil. 115. num. 7. cùm igitur dicta licentia nullum effectum habeat, nihilque operetur, & ille propria vtique auctoritate, ob pactũ executiuum & constituti in instrumento insertum, in possessiõem per vim intrare potuerit: perinde ergo habetur, ac si propria auctoritate possessionem apprehendisset. Bar. in d.l. creditores. nu. 26. ver. multæ enim. C. de pign. Aret. in d. § actionum autem. num. 16. Dec. in l. fi. num. 5. vers. & etiam. & ibi quoque Zuchard. nu. 108. & fusiùs num. 230. circa medium. C. de edict. D. Hadri. toll. Soc. cons. 82. nu 8. in fi. libr. 3. Paris. cons. 108. nu. 26. & seq. lib. 1. & cons. 172. num. 8. & seq. libr. 4. Dominus meus Soc. Iun. cons. 35. num. 13. lib. 3. Tiraqu. in tracta. de iur. const. in 3. part. limit. 17. nu. 13. Dominus meus Cæphal. cons. 272. num. 77. Roland. cons. 28. num. 45. libr. 2. quod equidem facere potuit. d.l. creditores. meritò (si citata parte) in dicta possessione sit confirmandus. Bar. in d.l. creditores. nu. 26. vers. multæ enim. Soc. cons. 82. nu. 8. in fi. lib. 3.

Et hæc cõclusio corroboratur: nam quando in aliquo actu iudicis præsentia non requiritur, si interuenit, & non solenniter, actum non vitiat. Ias. in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 177. ff. de acqu. poss. sed sic est, in casu nostro iudicis auctoritas nõ requirebatur: nam creditor propria auctoritate possessionem, & per vim aggredi potuerat. cũ igitur iudicis auctoritas interuenerit, & non tam solenniter, non propter id illa possessionis apprehensio vitiatur. 384

Et tantò magis, cùm non præsumatur, hunc creditorem viam iuris, sed potiùs facti eligere voluisse: cũ sine possessoris citatione per vim possessionem accepit, & in illa quoque se defendit à iure sibi permisso. Paris. consil. 172. num. 8. & seq. lib. 4. meritò si possessio ità apprehensa omninò eidem (citata parte) sit confirmanda. iuxta doctrinam Barto. in d. l. creditores. num. 16. versic. multæ enim. secutam à Socin. d. consil. 82. sub num. 8.

Tota hæc igitur præsens difficultas ad hunc reducitur articulum, an constitutarius, qui se ad iudicem absq; pacti executiui reserua cõtulit, sibi in d. pacto executiuo præiudicauerit, ita quòd eo amplius vti nõ possit? Et communiter Scribentes sentiunt, illum ad viam facti amplius redire non posse: nam illa via, quam sibi elegit, sibi quoque pareat. arg. l. si mulier. §. vlt. ff. quod met. causa. Bald in l. 2. in 10. quęst. de seruit. & acq. Dec. in l. fi. num. 31. & ibi etiam Zuchard. num. 230. C. de edicto. D. Hadria. tollen. Ripa in l. de pupillo. §. meminisse. num. 14. ff. de noui oper. nunciat. & in c. cùm M. Ferrariensis, num. 98. de const. Alciat. in c. 1. nu. 30. de offic. ord. Ruin. consl. 127. num. 12. lib. 5. Tiraq. in tract. de iur. const. in 1. par. nu. 39. 385

Quæ conclusio limitatur non procedere, quandò creditor protestatur ius facti sibi saluum esse: nam hoc in casu ad viam facti redire poterit, nõ obstante, quòd iudicem adiuerit. Ias. in l. 2. num. 114. circa medium. C. de iure emphyt. Dec. consil. 196. num. 8. in fin. & consil. 460. nume. 10. & pluribus sequen. Ripa in d. c. cùm

M. Fer-

M.Ferrarienſis, nu.98. Alciat.in c.1.num.30.de off.ord. Tiraq.in d.tract.in 1.par.nu.42.

Alij autem contrarium indiſtinctè cenſuêre. Bald. qui fuit ſibimet contrarius, hoc affirmat in l.2.num.10. C.de iure emphyt. Alex.in l.1.§. in operis, num.2.ff.de noui oper.nunc. & in l. quemadmodum. nu.3.ff.de acquir.poſſeſſ.vbi aſſerit, quòd ita communiter à Doct. tenetur. hanc opinionem ſentit Corne.conſil.202.ſub num.7.lib.4. & Dominus meus Soci. Iun.conſ.35.num. 13. libr.3.

Iaſ.autem in l.2.nu.115.C.de iure emphyt. has duas opiniones fœdere diſtinctionis hoc modo concordari cenſuit, videlicet quòd prima opinio procedat, cùm ad iudicē iret, eò quòd ſuſpicaretur, ſe poſſe ex poſſeſſoris potentia ſua poſſeſſione repelli. nam enimuerò tunc ciuilem amittit poſſeſſionem, iuxta l.clàm poſſidere.§. qui ad nundinas.ff. de acq.poſſeſſ. ſi autem ad iudicem ſe confert, non ex eo, quòd poſſeſſoris potentiam timeat: at quia vult vrbanius procedere, & hoc in ſecundo caſu non ſuam ciuilem poſſeſſionem amittit, & in his terminis hæc ſecunda opinio præallegata loquitur. quæ diſtinctio ante Iaſonem ab Alex. fuit tradita in l. ſi de eo.§. ſi fortè.num.7.de acquir.poſſeſſ. & hæc quoque à Zuchardo fuit ſecuta in l. fina.nu.231.C. de edicto Diui Hadria. toll. moueturque Alex. ibi ob Bartoli doctrinam in l.1. §. interdum autem. num.1.ff. vti poſſid. qui Bar. ibi dicit, quòd ille cui poſſeſſio ſua clàm ſit occupata, ſi propria auctoritate illum non expellit, ne alicuius mali auctor ſit, non propter id ſuam ciuilem poſſeſſionem amittit: ſecùs autem erit, ſi hoc faceret ex eo, quòd occupatoris potentiam timeret, ſe ab illo repelli, & tunc ſuam ciuilem poſſeſſionem amittit, ex qua Bart. doctrina elicitur diſtinctio præallegata, quam etiam ſequutus fuit Alciat. in c.1.num.29. ff.de off.ord.

Sed dubium eſt, quando ſe ad iudicem confert cauſa malum euitandi. & dic, quòd eius animus hoc modo cognoſcitur, nam quando conſtitutarius in iudicio

coram

coram iudice comparet, & familiam illius iudicis petit, vt illum in tenutam & corporalem dictæ rei possessionem associet, causa malum euitandi, & vt vrbaniùs procedat, in executione pacti executiui constitutique conuentionalis in instrumento appositi, & instrumentum pro præmissorum iustificatione producit, tunc profectò non partis citatio requiritur, & per cõsequens hoc in casu prima opinio distinctionis procedit: secùs verò erit, si à iudice peteret, se in possessionem bonorum sui debitoris immitti, quia tunc partis citatio requiritur: & hoc in secundo casu secunda opinio dictæ distinctionis procedit, ita distinguendo declarat Sali. in d. l. creditores. nu. 29. ver. pro cuius. Alex. cons. 131. nu. 3. & seq. lib. 4. Ias. in l. 2. num. 113. C. de iure emph. Zuchar. in l. fi. nu. 158. ver. ego aliter. C. de edict. D. Hadr. toll. D. Riminal. Iun. in princ. Inst. de don. nu. 542. ver. tertiò quoque. Paris. cons. 172. nu. 13. libr. 4. Afflict. decis. 326. Marant. in tract. de ord. in 6. par. in titu. de citatione, nu. 11. in fi. Neguf. in tract. de pignor. in 4. part. princip. nu. 24.

Veruntamen, si rectè aduertatur, nos in præsenti casu proposito extra omnes penitùs has difficultates sumus: nam creditor per aditum ad iudicem non viam iuris, potiùs autem facti viam elegit: quia non institit debitorem citari, prout equidem fecisset, si iuris viam sequi voluisset. cùm ergo iudicis licentia, ex possessoris defectu nõ citati, sit nulla: perinde igitur habetur, ac si creditor propria auctoritate in possessionem intrasset. Zuchard. in d. l. fi. num. 230. ver. & cùm dicitur, cumq; actus in dubio semper presumatur factus eo modo, quo sibi vtilior sit. l. quoties. ff. de reb. dub. l. quoties. ff. de regu. iur. Ripa in l. 1. §. si quis ita. num. 18. ff. de verb. obl. Alcia. in tract. præsumpt. reg. 3. præsumpt. 36. nu. 5. Crau. cons. 106. num. 9. Atqui magis sibi vtile est, quòd ad iudicem iuerit, causa vrbaniùs procedendi, quàm quòd in dicto pacto executiuo sibi præiudiciũ afferre voluerit, quæ eius voluntas verbis vel factis declaratur. l. Paulus. ff. rem rat. hab. deprehenditurque 326

ex actu præcedenti vel subsequenti, l. si seruus plurium. l. qui filiabus. ff. de leg. 1. ex creditoris actu vtique satis perspicuè constat, ipsum viam iuris eligere noluisse, sed potius facti elegisse, cum propria auctoritate (parte non citata) in possessionem ingressus sit, & propterea citata parte in illa venit confirmandus. Bar. in d. l. creditores. nu. 26. ver. multæ enim. Soc. consil. 82. sub nu. 8. lib. 3.

327 Hinc est, quòd si creditor ad iudicem incompetentem iret, dicto pacto executiuo non renunciaret, ex quo creditor benè sciebat, illum esse incompetentem, & ideo per huiusmodi accessum ad iudicem creditor facultatem propria auctoritate intrandi non amisisse censetur. Zuchard. in d. l. fin. num. 29. vers. secundò respondeo. ita ergo in proposito nostro dico, quòd cùm sciret iudicem non posse ipsum in possessionem immittere, nisi possessore citato. c. licèt Episcopus. de præben. in 6. quia quilibet scire leges præsumitur, l. leges sacratissimæ. C. de legi. & ipse non institerit possessorem citari: meritò si perspicuè constat, illum noluisse viam iuris eligere, sed propria auctoritate in possessionem intrasse, & per consequens citata parte in illa venit confirmandus, iuxta doctrinam Barto. in d. l. creditores. nu. 26. vers. multæ enim. communiter à Doct. præallegatis receptam.

Et tantò magis, cùm debitor in comparitione sua summariè exceptiones contra contractum instrumenti propositas non probauit, ex quarum nó probatione notorijssimè constat, debitorem ius in re non habere, sed rem creditoris esse: meritò vtique si creditor in dicta possessione ita apprehensa confirmatur. Paris. cós. 108. nu. 27. lib. 1. ad hoc vt circuitus euitetur, l. fi. §. fi. ff. quod met. causa.

328 Immò in fortioribus terminis loquitur Alciat. in c. 1. nu. 32. ff. de off. ord. vbi dicit, quòd si creditor iudicem adiuerit, permittatque instantiam labi, refectis expensis denuò propria auctoritate bona debitoris accipere poterit: nam vnum eligens remediũ pro exe-

cutione

cutione sui crediti instrumentalis, non ad alia remedia impeditur redire, l. si se non obtulit. §. ex conuentione. & ibi Ripa. ff. de re iudi. cùm in executiuis plura eodem tempore remedia intentari possint. Barto. in l. consentaneum. in vlti. colum. C. quomodo & quando iud. Alciat. in c. 1. num. 31. de offic. ordin. & maximè quoque, cùm hæc remedia sint diuersa; & ad eundem finem tendant, quo casu per electionem vnius remedij aliud non excluditur. Cagnol. in l. vinum. num. 33. ff. si certum peta. Dec. consil. 460. num. 8. & seq. Crauet. consil. 16. nu. 9. à fortiori igitur in casu nostro, hoc dici debet, quia non constat creditorem iuris viam eligere voluisse, sed potius facti, ex quo propria auctoritate in illam ingressus est: meritò si in illa, sit confirmandus, nam si licentia iudicis sit nulla, ob defectum possessoris non citati: perinde ergo est, ac si propria auctoritate possessionem apprehendisset, meritò absque difficultate creditor in possessione à iudice confirmatur. Bar. in d. l. creditores. ver. multæ enim. & alij Doct. communiter ita tenentes, & in præsenti articulo præallegati vt suprà.

Ego autem benè fateor, quòd si creditor instituisset debitorem coram iudice citari, & ita citatus fuisset, & compareret, & si creditor deinde voluerit propria auctoritate in possessionem ingredi, & iudicium relinquere, id minimè facere poteſt, quia pendente lite illam quoque ad finem secundùm iuris terminos reducere debet, & litis finem expectare: nam si viam iuris sibi elegit, illam quoque sequi debet. Bald. in l. 2. in decima quæst. de seruitut. & acqu. Deci. in l. fina. num. 31. & ibi etiam Zucchard. num. 230. C. de edicto Diui Hadriani toll.

Et iudicium † inter creditorem & debitorem inceptum esse & extare censetur post dictam citationem emanatam. & licèt variæ sint Doct. opiniones, an iudicium à citatione, vel potius à litis contestatione incipiat, vt per Rip. post Iasonem, & alios Doct. in rub. C. de edict. num. 3. & per Decium, & Rip. in rubr. extra de 329

iud. & per Scribentes in l. is apud que. n. C. de edend. qui concludunt quòd iudicium propriè à litis contestatione formatur, impropriè autem & largo modo à citatione. secũdùm receptissimam Doct. conclusioné, vt per Rip. in rub. C. de eden. num. 3. & in rub. extra. de iud. nu. 2. & seq. tamen dico, quòd in his causis summarijs iudicium dicitur cœptum & à citatione pendere, existente citato & contradictore. Alex. cons. 50. num. 7. lib. 2. Socin. cons. 95. num. 2. lib. 1. Crau. cons. 270. num. 1. Afflict. decis. 345. nu. 6. vers. sed contrariam. Marant. in tract. de ord. iud. in quinta par. principali, num. 4. Plot. in l. si quando. nume. 163. C. vnde vi. si iudicium igitur incipiatur inter creditorem & debitorem post citationem ad instantiam creditoris debitori factam, & super dicto credito lis inter eos pendeat, ergo creditor à iudicio iuris sibimet electo desistere, & ad viam facti redire non poterit, sed illa via quam sibi elegit, sibi quoque pateat: secùs ergo erit si iudicium inter illos non penderet, quia tunc in illius facultate erit, via facti & non iuris vti, & propria auctoritate ius sibi facere poterit, iuxta pactum executiuum & constituti. Tiraq. in tract. de iur. const in prima par. nu. 70. cùm ergò in præsenti casu nostro debitor non citatus fuerit, & commissio citandi illum non fuerit data, & creditor non institerit illum citari, meritò si creditor propria auctoritate sibi à parte data, cum adiectione pacti constituti, vt clarè in instrumento legitur, vti potuit, non obstante etiam, quòd à iudice hanc licentiam propria auctoritate possessionem apprehendendi impetrauerit, cum dicta licẽtia sit nulla, ergo perinde habetur ac si non concessa fuisset, & si propria auctoritate in possessionem intrasset, meritò si in illa quoque confirmatur. Bar. in d. l. creditoris. nu. 26. ver. multæ enim. & ita arbitror iuris esse, & hoc modo remanet defensata hæc opinio mea.

330 Deinde quæro, an quando † iudex declarat, hæredem in possessionem esse immittendum omnium bonorum possessorum & detentatorum per defunctum

tempo-

tempore eius mortis, iuxta l. fin. C. de edicto Diui Hadria. toll. & possessor se ab hac declaratione iudicisq; pronuntiatione appellat, non obstante autem appellatione, si iudex in executione suæ sententię vni nuncio curiæ suæ committat, vt hæredem in possessionem dictorum bonorum effectualiter & corporaliter immittat, & nuncius, prout à iudice in mandato habuit, ita exequatur, si possessor hanc immissionem per attentati viam reuocare voluerit, an hanc ita de iure reuocationem petere poterit: & quia resolutio præsentis articuli est satis difficilis, ideo altius exordiar, & in primis quæro, an ab huiusmodi pronunciatione de iure appellatio permittatur: nam si appellatio de iure non concederetur, neque valeret iudicium, & attētatorum causa cessaret, nam non potuisset dici aliquid attentatum fuisse, meritò si dicta immissio per attentatorum viam non reuocaretur. Guid. Pap. q. 2 3. nume. 6. Paris. cons. 41. num. 36. & seq. & cons. 108. num. 22. & pluribus seq. libro 1. Dominus meus Socinus Iunior consil. 138. num. 17. lib. 3. Vant. in tract. de nullita. in titu. quot. & intra quod temp. nu. 48. & seq. & vt infrà etiam plenius dicam.

Dico igitur, quòd circa hanc appellationem varij vario modo locuti fuêre Docto. nam plerique existimauêre, quod de iure ciuili in causa mera possessoria (quoad actum deuolutiuum) appellatio permittatur, sed quoad actum suspensiuum, quominus executio cōmittatur, minimè, & executione ita prius facta iudex ad quem de iustitia vel iniustitia appellationis cognoscet. Bart. in l. 2. col. 2. ad fin. vers. possumus etiam dicere. ff. de appellat. recip. Bal. in l. 2. col. fin. vers. sed Bart. dicit. C. de episcop. & cler. Abb. in c. cùm ad sedem. colum. pen. ver. & inter cætera. de rest. spol. vbi refert, se secundùm hanc opinionem consuluisse, prout patet in eius cons. 152. lib. 2. Ang. cons. 107. num. 3. vers. nec obstat. Paris. cons. 108. num. 20. lib. 1. Ioan. de Ami. cons. 6. nu. 36. Cagnol. in l. vnica. §. fi. num. 25. ff. si quis ius dic. non obtemp. & in l. in pari. num. 6. & 8. circa medium. 331

ff.de reg.iur.Berous quæst.suis famil.q.91.nu.1.& pulchrè Afflict.Decis.269.nu.3.& seq. vbi dicit,hanc opinionem in cons.Neap.obseruari se vidisse.ita quoque affirmat in terminis nostris Maran.in trac. de ord.iud. in 6.par.in secundo actu vltimæ par.nu.294.vbi asserit hanc esse communem Docto.opinionem, quæ in illo Regno seruatur. & idem Marant.in eodem tracta.in 4. par.7.dist.nu.9.& præsertim (cautione præstita) de restituendo possessionem dictorum bonorum, si opus fuerit.Decis.Pedem.26.num.12.si hoc igitur in casu appellatio non permittatur,quin executio sententię fieri possit, sequitur necessariò, quòd ex illa executione innouatum dici non potest, meritò si causa attentatorum cessat.Paris.d.consil.108.num.24. & pluribus seq. Roland.cons.77.nu.20.& seq.lib.2.& alij Doct.præallegati vt suprà.

332 Alij autem indistinctè censuêre, quod ab hac immissionis sententia regulariter possessori nó datur appellatio, & hoc testamenti vltimæque voluntatis fauore.l.fina.ff.de appell.nam interest reipublicæ testamentum valere,effectumq; habere, vt omninò voluntas defuncti exequatur, & ideo hac ratione non permittitur appellatio.Berous q.suis famil. q.41. tum & quoq; propter ius notorium,quòd hæres ex testamento non abolito habet.Bal.in l.quisquis.C.quor.appel. non recip.glo.est in l.fi.in verbo,missus.C.de edict.D. Hadr.tol.& ibi Bar.nu.6.versi.venio ad tertiam.& ibi etiam Sal.nu.22.ver.quæro.Alex.nu.28.Ias.nu.29.Dec. num.47.vers.prætereà.& num.49. & sequ. & ibi quoque post omnes alios Zuchard.num.167.vers.secundò. & nume.389. Lanfr.in c.quoniam contra. in verbo,interlocut. & appellat.num.102. vers.vigesimò fallit. & num seq.de probat. Cagnol.in l.in pari. num.8.in fi.ff. de reg.iur.Bald.cons.141.& cons.330.lib.1.Paris.consil. 54.num.38.in fi.& sequ.libr.3.Roland.cons.38.num.17. lib.2.& in terminis huius legis idem Roland.consi.77. num.12. libr.2.Pract.Pap. in form. libell. quo pet.hæred.ex testam,in glo.quare cum. & in glo.per vestram diffi-

diffinitiuam. Durant.in tracta.de art.testa.tit.11.Caut. 20.num.7.in fine.Marant.in tracta.de ord.iudi.in sexta par.in secundo actu vlt.par.in tit.de appellat.num.311. Dec.in l.1.num.6.C.de bon.poss.secund.tabul.& consi. 28.num.4.vers.2.respondetur. Guid.Pap.quæst.132.nume.8.Dominus meus Soc.Iun.consi.138.num.6.lib.3.& consi.18.num.16.libr.1.Crau.consi.273.num.14. Berous quæst.suis famil.quęst.44. Vant.in tracta. de nullit. in titu.quis poss.dic.de nullit.num.34. Paris.consi.54. nu. 38.in fin.& seq.lib.3.Tiraq.in tract.de retract.in verbo Le mort saisit le vif,in sexta par.principal. declaratione sexta. quæ appellatio non tantùm prohibetur quoad effectum deuolutiuum,sed & quoque suspensiuum. & Bartol.in dicta l.2. in opinione contraria allegatus est communiter reprobaus, vt affirmat Roland. consil.77.nume.15. & sequen.libr.2. & hoc est etiam,quia hic tractatur de causa mera possessoria momentanea, leuis præiudicij,penes hæredem duratura,si contra illum in possessorio vel petitorio per contradictorem ageretur, & contradictor victoriam in dictis iudicijs obtineret: ex quo inpossessionem à iudice,vel de eius commissione immissus fuit,cum reserua iurium tertij & cõtradictoris,si aliquod ius in dictis bonis haberet, cognoscendi ordinariè in possessorio vel petitorio,vt per Scribentes in d.l.fin. meritò si in hoc casu denegatur eidem appellatio.Bar.in d.l.fi.ver.quandoque tempore.& ibi etiam Zuchard.nu.362. Deci.in l.1.nu.6.C. de bon.poss.secundùm tab.& cons.424.num.10. Rip.in l.interdicto num.10.ff.quor.bon. Cagnol. in d.l.in pari nu.8. Flot.in l.si quando.nu.110.C.vnde vi. Marant, in tract.de ord.iud.in quarta par.dist.9.num.43. Paris. consi.22.num.98.in fin.lib.1.Dominus meus Soci.Iun. cons.75.num.17.in fin.& num.22. & pluribus seq.libr. 1.Gozad.consi.50.num.2.& seq. Vant.in tract.de nullit. in titulo quis poss.dic.de nullit.num.34. Berous quęst. suis famil.quæst.91.nume.8. Roland.consil.77.num.12. libr.2.

Quæ regula quoque ampliatur locum habere, vi- 248

gente statuto & permittēte à causis possessorijs appellari posse: tamen rationibus allegatis non intelligitur, quòd ab hac sententia possessoria, tamquàm nimis priuilegiata, appellari possit. Berous quæst. suis famil. q. 44. nu. 2. & seq.

334 Cæteri autem existimauêre, quòd licèt à sententia super possessorio prolata regulariter de iure ciuili non permittatur appellatio: tamen secùs est ab interlocutoria incidenter inordinatè lata: quoniā tunc datur appellatio. Dec. in l. 1. nu. 6. ver. quintò. C. de bono. poss. secundùm tab. & in l. fina. nu. 47. ver. præterea. C. de edic. D. Hadr. toll. Cagno. in l. vnica. §. fi. num. 25. ff. si quis ius dic. non obtemp. Marant. in tracta. de ord. iud. in secundo actu vltimæ part. nu. 297. & in 4. par. distin. 9. num. 45. Alcia. in l. si quis in conscribendo. C. de pact. fol. 413.

Zuchard. verò in d. l. fina. num. 393. ab hac opinione dissentit, nam illa ratio, quare à diffinitiua non appellatur, in hac quoque interlocutoria viget, ergo idē ius debet esse. l. quædam. §. nummularios. ff. de eden. l. à Titio. ff. de verbo. obliga. à diffinitiua vtique in possessorio prolata non appellatur, quia grauamen per illam illatum reparari potest. glo. & Doct. in l. 1. C. si de momen. possess. fuerit appellatum. & est prolata super mero possessorio momentaneo, quæ non tollit causam ordinariè in possessorio cognoscendam vel in petitorio, si aliquod ius sibi competeret. Marant. in tracta. de ord. iud. in 6. part. in secundo actu vltimæ partis, num. 301. ergo neç ab hac interlocutoria appellari potest.

Ego autem arbitror Zuchardi opinionem esse veram, quando interlocutoria de immittendo in possessionem citata parte, seruatisq; seruandis, sit lata: nam tunc non ab hac interlocutoria appellatur, sicuti nec à diffinitiua, ob rationis identitatem. arg. l. à Titio. ff. de verb. oblig. sed quia Dec. & alij Doct. præallegati loquuntur, quando interlocutoria incidenter inordinateque sit lata, ab illa appellatur. & ratio est, nam cogno-

cognoscere iuris ordine non seruato, est ius alterius auferre. Mars. in pract. crim. §. 2. num. 67. in fin. & seq. & scire quid facias, & nescire quo ordine facias, non est perfectæ cognitionis. Curtius sen. consi. 59. num. 2. imò vera iustitia fit, cùm iuris ordo seruatur. Ias. in l. iustitia. num. 5. ff. de iustit. & iur. Decius cons. 483. num. 1. qui ordo iuris tam ab ordinario, quàm à delegato seruari debet, si inter matrem quoque & filium agetur, & sic in quocumque foro, siue possessorio, siue petitorio regulariter iuris ordo est seruandus. Vant. in tractatu de nullit. in tit. ex defectu processus, num. 5. & seq. & iuris ordo tam in ordinariis, quàm in extraordinariis seruatur. Marſ. in pract. §. quæso. num. 81. imò Papa ordinem iudiciarium in foro laicorum tollere non potest. Vant. in tract. de nullit. in titul. ex defectu process. nec partes ordinem iudiciarium remittere possunt, cum ille ob publicam vtilitatem sit introductus. Marſ. in d. §. 2. num. 83. & seq. Vant. in d. tract. in d. tit. num. 9. & seq. & hac ratione interlocutoria de immittendo hæredem in possesionem contradictore nō citato lata, si post iussum sed ante immissionem comparereet, incontinentique de iure suo probaret, tunc iudex teneretur illum admittere. Decius in d. l. fin. num. 45. vers. in secunda. & ibi etiam Zuchard. num. 365. & si iudex illum nō admitteret, ille ab hac nō admissione appellare poterit, cū dicta pronuntiatio sit euidenter nulla & iniqua, quæ iniquitas ex actis constat, quia acta rem notoriam faciunt. c. cum olim. & ibi Abb. de verb. sign. aliàs si contrarium diceretur, sequeretur id absurdum, quod iudex ius nostrum sine facto nostro auferre poterit, quod non est dicendum, cum Princeps sine causa id facere minimè possit, secundùm crebriorem Doct. opinionem, vt per Crau. in tract. de antiqu. tempor. in 4. part. num. 9. & per dominum meum Soci. iun. cons. 65. num. 6. lib. 2. ergo minimè inferiori Principis permittitur. si iudex igitur ius nostrum sine nostro facto tollere non possit, & ab hac non admissione appellatio nō concederetur, esset tollere ius nostrum

sine causa, & absque facto nostro, meritò si ab hac interlocutoria tam nulla & euidenter iniqua, & tam inordinatè lata datur appellatio, & in his terminis bene verificatur prima opinio, quæ est communis, vt ex auctoritatibus præallegatis colligitur, & vt quoque asserit Dec. in l. fin. num. 47. vers. præterea, C. de edict. D. Hadr. tollend.

335 Si verò contradictor non appareret, & iudex pronuntiaret, heredem esse in possessionem bonorum per testatorem tempore eius mortis possessorum detentatorumque immittendum, & deinde iuberet vni nuntio curiæ suæ, vt illum in possessionem dictorum bonorum immitteret, & ita immissus fuit, si mox contradictor appareret, velletque ab hac interlocutoria appellare, non poterit, quia ordinatè dicta pronuntiatio fuit prolata, & secundùm ius. & quia ab executiuis nó datur appellatio, nisi modus exequendi excedatur. l. ab executione, C. quorum appellat. recip. ergo nec ab ista interlocutoria tanquam executiua. & in his terminis benè loquitur Zuchard. in d. l. fin. num. 39?. non tamen propter hoc Zuchard. Dec. & alios Dd. præallegatos reprehendere debebat, qui loquuntur quando pronuntiatio inordinatè fuit prolata, & isti casus sunt satis diuersi, ergo non licet de vno ad alium arguere. l. Papinianus exuli. ff. de min.

336 Ego benè autem fateor, quòd si illa ratio, quæ in interlocutoria viget, in diffinitiua extaret, idem ius debeat semper esse, & econtrà, ob rationis identitatem. l. illud. ff. ad leg. Aquil. l. à Titio. ff. de verbor. obliga. & hoc modo hæc limitatio in hac causa possessoria non caderet, & quia à diffinitiua inordinatè prolata in possessorio appellatur. Decius in l. 1. num. 6. vers. quintò. C. de bonorum poss. secundùm tabul. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in secundo actu vltimæ part. nu. 304. & vt infrà pleniùs dicam. ergo ex rationis identitate ab hac interlocutoria incidenter inordinateque prolata appellatio conceditur. Doct. præallegati vt suprà.

Præter-

Præterea licèt regulariter de iure ciuili à sententia mera possessoria, quæ sit momentanea, non permittatur appellatio. Marant. in tract. de ord. iud. in sexta parte, in secundo actu vltimæ part. nu. 301. tamen puto hoc esse verum, parte opponente & contradicente, secùs verò est, si pars nõ ctradiceret, quia tũc proculdubio à dicta pronuntiatione permitteretur appellatio. Bal. in fin. sub num. 42. C. de edicto diui Hadr. tollen. Deci. in l. 1. nu. 6. versic. quartò. C. de bon. poss. secundùm tabul. dominus meus Socin. iun. consi. 18. num. 7. & 16. libro 1. Crau. cons. 273. num. 14. 337

Permittitur quoque appellatio, quando iudex à quo, appellationem admisit, quia tunc appellans appellationem prosequendo in dicta appellatione obtinere poterit, Ias. in l. 1. num. 5. C. de bon. possess. secundùm tabul.

Sic etiam appellatur à sententia possessoria super inordinato processu lata. Ias. in dicta l. 1. num. 5. versic. limita secundò, & ibi quoque Dec. num. 6. versi. quintò. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in secundo actu vltimæ part. num. 300.

Et si hoc in casu appellatio illi, contra quem sententia profertur, denegatur, tamen saltem de eius nullitate dicere poterit. Ias. in d. l. 1. num. 5. versi. tertiò, & in l. 1. num. 6. ff. de iust. & iure. Dec. in l. fin. nu. 50. & ibi etiam Zuchar. num. 397. & num. 482. C. de edict. D. Hadriani toll. Plot. in l. si quando, num. 72. C. vnde vi. Parisius consi. 54. num. 41. & pluribus sequent. lib. 3. secundùm receptissimam Doct. conclusionem, vt per Vant. in tract. de nullit. in titul. quis possit dicere de nullit. num. 33. & seq. 338

Sed ibi Vant. num. 36. declarat, hanc communẽ procedere, si nullitas principaliter intentatur, secùs erit, si accessoriè. ego autem puto nullitatem principaliter intentari, si appellans in libello dicat hoc modo, dico sententiam esse nullam. & si qua est, appello, tunc proculdubio nullitas æquè principaliter, & non accessoriè intentatur. Ias. in l. 1. numer. 7. ff. de iustitia & iure.

& in

& in l.1.num.5. & ibi etiam Dec.colum.penul.in prin. vers.sextò. C. de bonorum possess. secundum tabul. idem Dec.in c.dilecto. numer.6.& seq.de appellat. Zuchard.in d.l.fin.num.398.vbi asserit hanc esse communem Dd.opinionem. Alexan.consi.2.num.13. lib.3.non obstante doctrina Salic.in l.vnica. C.si de momen.possess.fuer.appellat. secutam à Lanfranc. in c. quoniam contra,in verbo,Interloc.& appellat. num. 59.de probat.cum omnes Dd. præallegati illam Saliceti doctrinam reprehendant,rationibus & causis,vt ibi per eos, tamen hæc nullitas executionem non retardat.Maran. in tract.de ordi.iudi.in 6.part.in secundo actu vltimę part.num.292.iuxta doctrinam Bart.in l.2. ff.de appellat.recip.communiter receptam, & in consi. Neapolitano obseruatam,vt suprà dixi, dummodò nullitas nó in promptu sit.Ioan.de Amic.consi.6.numer.36. nam si est in promptu, iudex quoque ordinarius, qui illam protulit, reuocare eam poterit. vt in terminis nostris tradit Paris.cons.54.num.43.lib.3. nam comparendo ante immissionem, sed post iussum, auditur probando suum incontinenti interesse, si pronuntiatio de immittendo(illo non citato)fuit lata. Decius & Zuchard. vt suprà.

339 Vel & quoque tertius, cum quo iudicium non extitit, ab hac immissionis sententia appellare poterit, nam quamuis in his casibus appellatio regulariter sit prohibita,intelligitur respectu litigantis, & non tertij,qui in iudicio non extitit. Abb. in c.cum super. nu. 26.& ibi etiam Felin.num.11.de re iudi. Lanfranc. in c. quoniam contra,in verbo, interloc. & appellat. num. 99.vers.aut in secundo.de probat. Ripa in l. filiusfam. §.diui.num.62.ff.de legat.1. Zuchard. in l.fin. num.399. C.de edicto diui Hadr.tollend.Vant.in tract.de nullit. in tit.quis poss.dicere de nullit.num.19. Rolan.consl.6. num.5.& 17.lib.2.

Quæ conclusio quoque ampliatur, si principalis recusasset,& permittere noluisset, illā appellare posse,tamen sibi concederetur appellatio.Felin.in c.cum super.

super. sub num.11. vers. ampliat. de re iudi. Crau. consi. 220. num.3. Vant. in d. tractatu in d. tit. num. 21. etiam si reus cum actore transigeret, tertius ipsam appellationem pro suo interesse prosequi poterit. Abb. in d.c. cũ super, num.27. & econtra, si tertius remouere voluerit illum, cum quo iudicium fuit cœptum, minimè facere potest, cum negotium ad vtrumque principaliter spectat, secùs erit, si in consequentiam ad eundem spectaret. Abb. in d.c. cum super, nu.29.

Et quod de tertio appellante dixi, qui appellare potest in casibus, in quibus principali quoque victo de iure communi appellatio denegatur, meo quidem iudicio procedit hæc conclusio, si tertius ignorantiam de dicta lite habuit: secùs si sciuit, nam si sciuisset, & non in termino comparuisset, sibi imputaretur, meritò si hoc in casu sibi quoque denegaretur appellatio. Abb. in d.c. cum super, num.26. & ibi etiam Felin. num. 11. & num.16. vers. quòd si tertius sciuit. Lanfranc. in d. c. quoniam contra, in verbo, interloc. & appella. num. 99. vers. aut in secundo. Alexand. in l. Titia diuortium. num.2. ff. solut. matr. Afflict. decis.235. Paris. consi.107. num.82. & seq. lib.1. Crau. consi.14. num.5. Vant. in loco allegato vt suprà num.26. versicu. & intellige. & ideo cautela est, quod talis tertius iuret, qualiter nuper & præsertim à decem diebus & citra notitiam sententiæ immissionis habuit, à qua, cum possit aliquo modo lædi, appellet. Felin. in d.c. cum super. num.11. & si victor proponat hunc tertium vsque à principio litis notitiam habuisse, hanc scientiam probare debet, cum in dubio scientia non præsumitur, regula ignorantia, de regul. iur. in 6. & maximè in alienis factis. l. si ff. pro suo. Ripa in lib.1. respons. cap.8. num.5. in fin. & seq. si tertius igitur, qui ignorantiam dictæ litis & sententiæ habuit, nisi à decem diebus & citra, & à dicta sententia appellare poterit, ergo ex rationis identitate iste possessor, qui est contradictor, à prædicta pronuntiatione, iudicisque declaratione de immittendo hæredem in possessionem, appellari poterit, cum non fuerit citatus,

tatus, neque scientiam dictæ pronuntiationis habuit, nisi à decem diebus & citra. Zuchard. in d. l. fin. nu. 399. in fin. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in 2. actu vltimæ part. num. 300. & quomodo libellus per tertium formetur, & quale officium iudicis sit in sententiãdo, vide Lanfran. in d. c. quoniam contra, in verbo, interlocu. & appel. num. 99. propè fin.

340 Benè autem aduerte ad illud, quod de tertio dixi, videlicèt, quòd à sententia de immittendo hęredem in possessionem appellare possit, declara eo modo vt suprà tetigi. sed tu hanc quippè propositionem restringe esse veram, si tertius hæreditatem possideat, & non fuerit citatus, si post iussum ante autem immissionem compareat, & de suo incontinenti interesse probet, hoc in casu proculdubio auditur, & de suis cũ hærede iurib. discutitur. Abb. in c. veniẽs el 2. in 4. no de testib. & vt satis plenè in materia legitimi contradictoris dicam. si hunc igitur tertium iudex recusauerit velle admittere, ab illa non admissione appellare poterit, cum ignoranti & in iudicio non vocato status suæ possessionis mutari non debeat. l. fin. C. si per vim vel alio mod. c. 1. de caus. possess. & propriet. Abb. in c. cum super. num. 33. de re iudic. Bar. in l. fi. col. fi. ver. si verò venit. C. de edict. diui Hadr. tol. & ibi scribentes. nam sine causa iniusteque sua possessione priuaretur, à qua sine citatione non est remouendus, c. licèt episcopus, de præben. in 6. & ibi not. si ergo iniustè & sine causa possessio tertio auferatur ob non dictam admissioné, meritò si à non dicta admissione appellatio sibi concedatur. Marant. in tract. de ordi. iud. in sexta part. vltimę part. in secundo actu, num. 300. dummodò sui causam interesse in appellatione narret & inferat, aliàs appellatio pro infecta haberetur. Fel. in d. c. cum super. col. fin. vers. concurrebat.

Vel & quoque tertius non citatus appellare poterit, quando bona hæreditaria sunt vacantia, & à nemine possidentur, quia tunc sua interest, ne possessio hęc ab hærede apprehendatur, cum possessionem vacantem

tem facilius consequi possit, quàm quæ ab alio occupatur, ideò hoc in casu comparendo post iussum, sed ante immissionem audiri debet, ad impediendum executionem dictæ sententiæ, donec interim de suis secum iuribus discutiatur, dummodò iste tertius suum incontinenti interesse (saltem apparens) doceat. Zuchard. in d. l. fin. num. 331. versic. istam appellationem. & vt sæpè in materia legitimi contradictoris plenè tangam, & si tertius hoc in casu à iudice repellatur, & non audiatur, volens iudex suam omninò pronuntiationem exequi, illum iniustè repelleret, & malè, ac perperam se gereret, meritò si tertius tunc non ab illa admissione se appellare poterit, tanquam ab illa non admissione grauatus, cuius intersit, l. 1. ff. de appellatio. recip.

Et si etiam tenere volueris, quòd his in duobus tantum casibus præallegatis à sententia de immittendo, sine alio actu comparitioneque, tertius immediatè appellare possit, tunc sic argumentari poteris, & dicere, citatus si succumbit post iussum, audiri non debet, & appellatio à iure sibi non permittitur. Bart. in d. l. fin. colum. fin. vers. quandoque tempore. & ibi quoque etiam Zuchard. num. 362. si citatus igitur succumbens à dicta sententia appellare non possit, ergo à contrario sensu sentiunt Doct. ibi, quòd si non citatus fuerit, immediatè à dicta pronũtiatione appellare poterit, quia sicuti propositum in proposito operatur, ita & oppositum in opposito, l. fin. §. si filius. & ibi Bar. ff. de leg. 3. & contrariorum contrarijs est eadem disciplina, vt per Dd. in rub. ff. de acq. poss. sed iste tertius non habuit scientiam de dicta lite & de dicta sententia, nisi à decem diebus & citra, meritò si appellatio à dicta pronuntiatione immediatè sibi de iure permittatur. Abb. in d c. cũ super, nu. 26. & ibi etiã Feli. nu. 11. quia satis iniquũ erit, ignoranti & nõ citato statum suę possessionis mutare, l. fi. C. si per vim vel alio modo. & in his terminis benè loquitur Zuchar. in d. l. fin. nu. 309. vbi vult, quòd respectu tantum litigatoris appellatio denegetur, sed

tertio

tertio permittatur, qui in iudicio non extitit, & scientiam de dicta lite non habuit, nisi à decem diebus & citra.

Sed ego equidem reor, quòd iste tertius de iure sibi melius consuleret, & eidem tutius erit, si faceret eo modo, vt in dictis duobus casibus dixi, nam comparendo, incontinentique suum interesse probando, si non à iudice audiretur, de iure ab illa non admissione appellare poterit, quod sibi de iure cõceditur, quia verè est grauatus, cum sua intersit, ne sua remoueatur possessione, nisi eo citato & cognitis prius suis iuribus: vel & si possessio sit vacans, à nemineque possideatur, per hæredem repelli non potest, quia semper erit grauatus, meritò si ab illa non admissione appellatio sibi concedatur. l. 1. ff. de appellat. recip. si audiatur, & voluerit sine alia comparitione, sineque alia instantia immediatè à dicta pronuntiatione appellare, grauamen non tam præiudiciale extiterit, cum post dictam pronuntiationem comparendo, iusq; incontinenti suum docendo auditur. Abb. in c. veniens. el 2. in 4. not. de testi. & vt aliàs tetigi. si audiatur, non est grauatus, & grauamine non existente non appellatur, d. l. 1.

341 Si hæreditas autem † ab alio possideatur, & possessor citatus fuerit, & non iste tertius, & tunc tertius cõparendo non auditur, si impedire voluerit hæredem in executione dictæ pronuntiationis in possessiõnem immitti, cùm sua non intersit, ex quo eo modo, quo possessionem à primo possessore, auocare poterit pariter eodem modo ab isto hærede in possessionem immittendo. meritò ergo si huiusmodi immissionem nõ fieri impedit. Innocẽ. in c. veniens. el secundo. & ibi etiam Peli. num. 9. de testi. qui communiter est receptus. Castr. consi. 179. num. 9. lib. 1. in nouis. Zuchar. in d. l. fin. nu. 433. Vant. in tract. de nullit. in tit. quis poss. dic. de nullit. num. 23.

342 Et si tertius vult agere, † debet libellum producere, & ordinariè procedere, cum ius tertij non summariè cum hærede discutitur, quia est separatum à iure illius,

illius, contra quem fuit pronuntiatum. Zuchar. in d. l. fin. num. 346. in fin. & ficuti possessor qui citatus fuit & succubuit, non ab ista immissionis pronuntia appellare poterit, ergo nec iste tertius. Abb. in d. c. cum super, num. 25. qui tertius venire debet in eo statu, in quo causa reperitur, nullamque nouationem facere debet. Felin. in d. c. cum super. nu. 15. de re iud. Alex. consi. 82. nu. 6. lib. 1. Paris. cons. 107. num. 107. lib. 3. Crau. cons. 14. num. 4. & cons. 220. num. 8. si nouationem facere non potest, ergo nec appellationem interponere poterit, quia appellatio est nouatio, ex quo victo non permittitur appellatio, ergo nec huic tertio. Abb. in d. c. cum super. nu. 25. & ita iuris esse arbitror, concludendo vt suprà dixi.

Redeundo † ad materiam igitur nostram principalem, dico, quòd quamuis regulariter à sententia possessoria appellare non possit, tamen hæc regula non procedit, quando missus in possessionem interim fructus lucraretur, nám tunc eidem non denegaretur appellatio. Afflict. decis. 77. num. 8. & seq. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in secundo actu, vltimæ part. nu. 302. limitãdo etiam dictam regulam pluribus alijs modis, vt ibi per eum. 343

Vel & quoque hæres à dicta sententia in possessorio contra se lata appellare poterit, ex quo cessat ratio prohibitiua, de qua in d. l. fin. vt per Zuchard. ibi, num. 396.

Vel & quamuis † appellatio de iure ciuili regulariter à sententia super mero possessorio momentaneo lata prohibeatur, tamen secùs est de iure canonico, per quod appellatio à qualibet sententia super possessorio quoq; promulgata permittitur. clement. 1. de caus. possess. & propriet. c. cum ad sedem. de restit. spol. Ange. in l. momentaneæ, in fin. C. vnde vi. Corn. cons. 172. nu. 24. lib. 2. Alex. cons. 99. nu. 2. lib. 5. Pract. Pap. in for. libel. in caus. spol. poss. in gl. per vestrã diffinitiuã, n. 3. Marant. in tract. de ordi. iudi. in quarta part. distinct. 9. num. 44. in fin. & in sexta part. in secundo actu, vltimæ 344

part.num.295.& num.301. propè fin. Afflict. decis.269. num.2.Dec.in l.1.num.6.vers.tertiò.C.de bon.poss.secundùm tab. Ripa in l.rem quæ nobis,num.30.ff.de acquir.poss.& in l.interdicto,num.10.ff.quorum bon.& in c.sæpè,in fin.de rest.spol.Zuchar. in l. fin. num.394. C.de edict.D.Hadr.tollē. Plot.in l.si quando,num.72. C.vnde vi.Curt.iun.consi.168.num.39.Roland.consi.38. num.13.lib.2.

345 Quam conclusionem † puto esse veram, si causa in appellatione inseratur,aliàs de iure quoque canonicò appellatio non permittitur, & si fieret non valeret. Lanfran.in c.quoniam contra,in verbo,Interloc. & appel.num. 118. de probat. qui licet de iure ciuil. loquatur, tamen eius dictum intelligitur esse verum de iure canonico,Zuchard.in d.l.fin.num.248.& 394.vers.hanc fallentiam.C.de edict.diui Hadr.tollē. Rube. consi.51. propè fin.Marant.in tract. de ord. iud. in sexta part. in secundo actu vltimæ part. nu.143. Addit.ad Capel.Tholos.in decis.vlt.nam allegando iustam in appellatione causam, præsumptionem prò se habet. meritò si tunc iudex appellationem appellanti deferre teneatur.Marant.in vltimo loco vt suprà allegato,& ita est intelligendus Bald.in l.quisquis.num.1.in fin. C.quorum appellat.non recip.vbi dicit, quòd iusta ex causa ab immissionis pronuntiatione appellari potest,ergo causa in appellatione est dicenda. & quia ius canonicum in terris ecclesiæ subiectis seruatur, ergo & appellatiò in dictis locis ab huiusmodi pronuntiatiòne possessoria conceditur.Afflict.decis.269.num.2. Alexan.d.consi.99.num.2.in fin. Curt. iun. consil.168.numer.38. Zuchar.in d.l.fin.num.394. & ius canonicum magis quam ius ciuile est sanctissimum, permittendo appellationem, nam vult lites cum iustitia & sine grauamine pertransire.Rubeus consi.51.colum.fin. versic.non obstat id.

346 Et quamuis plerique censuere, quòd in causa reintegrandæ 3.quæst.1.appellatio denegatur,dico,quod illorum opiniò procedit de iure ciuili.l. 1. & ibi Dd. C. si de

si de momẽ.poss.fuer.appellat. tamen secùs est de iure canonico appellationem permittente à qualibet sententia fieri.c.cum ad sedem,de rest. spol.clem.1 de causa poss.&propriet.& vt suprà dixi, & quia reintegranda in foro laicali quoque vtitur , ergo debet cum suis qualitatibus vti,meritò si appellatio in foro laicali,& in terris quoque imperij,permittatur. Pract. Papiens. in form.libelli, in caus. spol.poss.in gloss.per vestram diffinitiuam.nu.3. quam eius doctrinam sequutus fuit Ripa in c.sæpè.in fin.de restit.spol.& in l.rem quæ nobis,num.30.ff.de acquir.possess.Decius in c.Ecclesia S. Mariæ,num.53.versic.intelligitur tamen,de const.Soc. consi.97.num.3.libr.1. Plot.in l.si quando , num.72. C. vnde vi.

Et si Ripa in l.interdicto,num. 10. ff. quorum bon. dicat,opinionem Papiensis sibi videri periculosam esse,tamẽ puto,quod illa sit tutissima,tum ob rationem præallegatam,tum & quoque,quia in reintegranda requiritur plenaria probatio possessionis antiquioris, meritò si & quoque à sententia in reintegranda prolata appellatur. Ripa in l.naturaliter, §.nihil commune, num.185. vers. vnde ego dicerem. ff. de acquir. possess. Zuchard.in l.fin.num.257.circa medium.C.de edict.diui Hadr.tollen.Cagnol.in l.pari.nu.7.& seq. ff. de reg. iur.Plotus in l.si quando, num. 112. & pluribus seq. C. vnde vi. & tanto magis hæc conclusio procedit, quando probatio in petitorio victo difficilis sit,tunc ab huiusmodi sententia possessoria ei permittitur appellatio.Marant.in tract.de ord.iud.in 6.part.in secundo actu vltimæ part.num.301. 347

Præterea dato(absque veritatis præiudicio) quòd à sententia super possessorio lata appellatio prohibeatur:tamen ego arbitror hanc conclusionem non procedere, quando sententia sit nulla & iniqua, quæ ex actis notoriè constat, quia tunc proculdubio appellatio à dicta sententia de iure permittitur. Alexan.cons. 91.num.2.lib.6.Rube.consi.51.num.4.Plotus in l.si quãdo,num.255.C.vnde vi. Marant. in tract. de ord.iudic.

in 6.part.in 2.actu vltimæ partis,nu.304. etiam si statutum appellationem nullitatemque tolleret. Plot.in d. l.si quando,nu.255.Ruin.cons.27.num.5. vers.& prædicta.lib.5.Vant.in tract.de nullit.in tit. quis poss. dic.de nullit.num.51.

348 Et quamuis † regulariter appellatio à sententia de immittendo hæredem in possessionem bonorum possessiorum detentatorumque, per testatorem tempore mortis testatoris prædefuncti, iuxtà l.fin. C. de edicto diui Hadr.tollend. de iure non concedatur, tamen ex iusta causa contradictori in integrum restitutio non denegatur, vt dicit gloss. communiter approbata in l. vnica.C.si de moment.possess.fuer.appellat. Pract.Papiens. in forma libelli. quo pet. hæred. ex testamento, in glo.per vestram diffinitiuam. Guid.Papæ quæst.131. nume.8.Socin.cons.242.nume.1.lib.2.Zachard.in l.fin. num.403. C. de edict. diui Hadr. toll. D.meus Cæphal. consi.215.nu.25.

349 Vel & licèt appellatio sit prohibita, tamen supplicatio vel querela censetur permissa, ex quo dicta remedia penitùs diuersa sunt. Dec.in l.fin.num.51.C.de edicto D.Hadr.tollend.& consi.531.num.1.& seq. Marsi.in pract.crim.§.opportunè.num.60. Paris.cons.164.num. 18.lib.4.Ruin.consi.157.col.pen. lib. 5. vbi asserit hanc esse communem Dd.opinionem, & supplicatio ex mera ipsius Principis gratia benignitateque conceditur. Marant.in tract.de ord.iud. in 6. part. in secundo actu vlt.part.num.18.

Et aduerte, quòd supplicans non de eius Principe, vel de illius consilio conqueratur, ad differentiam appellationis, aliàs supplicatio non valeret. Rolan.consi.38.nu.19.& seq.lib.2.

350 Et quamuis statutum appellationem auferat, non tamen supplicationem tollit, quando ex natura causæ appellatio de iure communi prohibita non sit, at statuti necessitate tantum, aliàs secùs erit. Roland. d. consi. 38.num.20.vers.ad secundum, dominus meus Cæphal. in terminis huius statuti Mirandulani tradit consi.163.

num.

num.6.& pluribus ſequentibus. in qua cauſa ego illius opinionem ſequendo conſului, & victoriã me exiſten te aduocato, pro dicto clientulo meo ad eius fauorem obtinui, ſed à pronuntiatione de immittendo hæredẽ in poſſeſsionem regulariter de iure communi ex natu ra cauſæ appellatio prohibetur, vt ſuprà latiùs tetigi. ergo in hoc caſu, exiſtente ſtatuto appellationem etiã auferente, pariter & ſupplicatio tollitur. Dd. communiter præallegati vt ſuprà.

Et ſupplicatio & quærela permittitur, quando ob perſonæ iudicantis excellentiam appellatio prohibetur, ſecùs verò erit, ſi ex natura cauſæ appellatio denegatur, nam tunc quoque non permittitur querela, nec ſupplicatio. Dec. in d.l. fin. num. 50. & ibi etiam Zuch. nu.404. & ſeq. Pariſ. conſ. 54. num. 39. lib. 3. Roland. conſi. 38. num. 10. & pluribus ſeq. lib. 2. vnde cum in caſu noſtro ex natura cauſæ appellatio prohibeatur, ergo & querela & ſupplicatio.

Et malè faciunt Principes, qui concedunt ſententias reuideri, quæ in rem iudicatam tranſierunt. Cagn. in l. ſi quis maior, num. 19. C. de tranſact. & præſertim, quando ex natura cauſæ appellatio prohibetur. Doct. communiter præallegati vt ſuprà.

In caſibus igitur, in quibus querela & ſupplicatio 351 permittitur, ſi aliquid innouatum ſit non attentatorũ priuilegio illud reuocatur, ex eo quia attentatum valet. benè autem illud innouatum per querelę viam reuocatur, & reuocatio per ſuperiorem fit. Abb. in c. paſtoralis. num. 11. & num. 15. & ibi etiam Francus in 3. colum. de appel. & in c. debitus, num. 17. eo. tit. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in 2. actu vlt. par. nu. 105. cum pendente querela, vel iudicis recuſatione nil nouari debet. Bald. in l. appellatione, nu. 2. & ſeq. & ibi etiam Salic. nu. 5. & ſeq. C. de appel.

De attentatis contra decretum immißionis.

Regulariter ergo † attentata poſt appellationem à 352 ſententia de immittendo hęredem in poſſeſſionem la-

ta, iuxtà l.fin.C.de edict.diui Hadr.tol.vel iuxta interdictum quorum bonorum non reuocantur. Innoc.in c.pastoralis, nu.3.de off.deleg.Bal.in l.quisquis.C.quorum appel.non recip.nisi causa in appellatione inseritur, quæ sit iusta. Zuch,d.num.395.vers.ex quibus.

553 Et quando sumus in casibus fallentiarum, de quibus vt suprà, in quibus appellatio ab hac sententia in hoc remedio possessorio prolata permittitur, tunc distingue, & dic, aut est interlocutoria vel non. & interlocutoria dicitur, quando sine causæ cognitione fit. Pract.Papien.in form.libel. quo pet. hæred. ex testam, in gloss.per vestiam. Zuchard.in d.l.fin.num.393.circa medium.& si est interlocutoria, per eundem iudicem, qui illam protulit, reuocatur. Paris.consi.54.nume.43. & quamuis Paris.ibi num.42.dicat, quòd sententia de immittendo possit diffinitiua dici, tamen puto, quòd in hoc Paris.malè loquatur, cum solum diffinitiua dicatur, quando contradictor extat, & cum causæ cognitione à iudice profertur. Zuchard in d. l. fin.num.439. & in hoc secundo casu benè loqueretur Paris.d.consi, 54.num.42.

554 Et si ab interlocutoria appellatur, † pendenteque appellatione hæres à iudice in possessionem in executione dictæ pronunciationis immissus sit, & appellans per attentati viam procedere velit, & immissionem hanc per attentati viam reuocare, reuocatio duplici modo fit.

Primò iudicis officium principaliter sine libello super illius reuocationem intentando, oblata tamen quali quali petitione, vt habetur in c.non solum.de appellat.in 6.& ibi Canonist. Secundo modo appellationem accessoriè prosequendo, libello coram ordinario porrecto. Cardin. Alexan.Francus & Dec.in c.cõsuluit.el.2.de appel.Marant.in tract.de ordi.iud. in 6. part. in 2.actu vltimæ part.num.396.si ergo appellans ad reuocationem attentatorum, iudicis officium principaliter implorat, & tunc dic, si appellatio est interposita inhibitioque iudici partique legitimè sit facta, postq;

inhi-

inhibitionem iudex hæredem in possessionem immittat, & hoc in casu reor, immissionem hanc ante omnia debere reuocari, fine litis non expectato, c.non solùm de appel.in 6. Angel.in l.per hanc, num.6. C.de tempo. appel. Felin.in c. super quæstionum, §. fin. num.20.de offic.delegat. Lanfranc.in c.quoniam contra, in verbo, interloc.& appellat.num.130.de probat. Alexan. cons. 99.num.4.lib.5.Soc.consi.45.num.7.& seq.libr.1. Deci. consi.103.num.1.& in c.consuluit, el 2.num.6. in fin.de appellat.

Et requiritur (vt dixi) quod inhibitio non tantum iudici, sed & parti quoque fiat. Sali. in l.appellatione. num.9.C.de appel.Marant.in tract.de ord.iud. in sexta part.in secundo actu vltimæ part.num.391.& quòd canonicè facta sit, d.c.non solum.Felin.in d.§. fin. nume. 20.Paris.consi.172.num.14.lib.4.Roland.consi.77. num. 23.lib.2.

Et vt dicatur legitimè facta, requiritur quod constet, appellationem fuisse interpositam, secundò quod iudex causæ veritatem cognoscere inceperit. vt not. Ioan. Andr. & alij in d. c. non solum. Rot.decis.389.& 412.num.2.in nouis.Paris.consi.108.num.5.& seq.lib.1. & consi.172.num.9.& seq.lib.4.Roland.consi.77. num. 24.lib.2.& citata quoque parte fiat, aliàs non valeret. Anchar.cons.234.num.2.Franc.de Aret.consi.75.num.9. Alexan.cons.68.& seq.lib.2.Paris.consi.172.num.15.lib. 4.& hæc est crebrior Doct.conclusio, vt habetur per Marant.in tract.de ordi. iudic. in 6. part. in secundo actu vltimę part.num.196.quam & quoque communem asserit Roland.consi.77.num.24.& sequent.libr.2. & si inhibitio sit nulla, non ligat iudicem à quo. Paris.consil.108.num.9.& sequent.lib.1.Roland.consi.77.nume. 26.& sequent.lib.2.conclusio ergo est, quod iudex ad quem inhibere iudici à quo & parti quoque non possit, nisi ipsius super meritis causæ cognoscere inceperit. sed ego hanc conclusionem arbitror esse veram, & procedere posse, cum sit appellatum in casu, in quo non debuit appellari, vel quando causa in appel- 355

latione inserta sit iniusta, vel appellatio frustratoria, vel friuola. nam his in casibus iudex ad quem inhibere non debet, nisi prius causæ cognitionem super iustitia appellationis adhibeat, aliàs inhibitio non valeret. text. in c. Romana. §. si verò, & seq. de appellat. in 6. & ibi dom. Ioan. Andr. Archid. & Doct. Rota decis. 412. in nouis. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. par. in secundo actu vltimæ part. num. 196. Berous quæstio. suis famil. quæstio. 124. num. 1.

356 Et ad hoc vt inhibitio non fiat, nisi prius super meritis cognoscatur, necesse est quòd appellatus coram iudice ad quem compareat, & eidem exponat, qualiter appellans non in termino iuris appellauit, vel in appellatione legitimam causam non expressit, vel aliud exponat, per quod in dubium refricatur iurisdictio iudicis ad quem, & quare appellatio ad eum non sit deuoluta. secùs verò erit, si appellatus non compareret coram iudice ad quem, & non exponeret, vt suprà dixi, & per contrarium appellans instaret, inhibitionem fieri debere, tunc per iudicem ad quem absque causæ cognitione, & sine alio inhibitio committitur. cautus igitur appellatus debet esse, vt incontinenti compareat, & prædictas exceptiones iudici ad quem proponat, si inhibitionem impedire voluerit, ne fiat nisi cũ causæ cognitione. Angel. in l. per hanc. num. 4. C. de temp. appellat. Lanfranc. in c. quoniam contra, in verbo, interloc. & appel. nu. 128. de probat.

Vel & iudex quoque appellationis sine partis citatione inhibere potest, si pronuntiauerit, appellationẽ deuolutam esse, & se in appellationis causa iurisdictionem habere, tunc notoriissimè cõstaret, appellationem non esse friuolam, & ex iusta causa fuisse interpositam, meritò si tunc inhibitio sine partis citatione fiat, & legitimè facta dicatur. Berous quæst. suis famil. q. 124. num. 1. subdens ibi num. seq. quòd poterit etiam sine partis citatione inhibere, si iudici ad quem, causa principalis committatur, cum potestate citandi inhibendique, prout appellationum causæ quotidie committuntur

mittuntur, dummodò in ipsa delegatione totius delegationis tenor ponatur, vel committat illum citari ad accipiendum commissionem causæ appellationis sibi cum auctoritate citandi inhibendique delegatæ. nam quamuis tunc citatio nondum exequuta sit, tamen inhibere poterit, vt ibi clarè per Beroum.

Et licèt inhibitio post conclusum in causa fieri nō potest. Ro.decis.674.in antiquis.tamen declara hāc conclusionē esse veram, si verè in causa sit conclusum: secùs si tacitè, vtputà per missionem citationis ad sententiam per vnam tantùm partem emanatam. Bero. quæst, suis famil.q.124.nu.3.

Et si antequàm iudici à quo inhibitum sit, iudex in executione illius sententiæ vni nuntio curiæ suæ committeret, hæredem in possessionē ponere, & nuntius iudicis præcepto obediens hæredem in possessionem corporaliter immitteret, hęc immissio per attentati viam non reuocatur, nisi fine litis expectato. d.c. non solùm. Ang.in d.l.per hanc.nu.6. Felin.in c.super quæstionum.§.fin.num.20.de offi.deleg. Lanfran.in d. c.quoniam contra.in verbo, Interloc. & appell. num. 130. Alexan.consil.99.num.4.in fin.lib.5.Socin.cons.45. num.7.& seq.lib.1.Berous quæst.suis famil. quęst.120. num.14. nam semper ante inhibitionem appellatione pendente ab interlocutoria factam innouari potest. Bald.in l.appellatione.num.6. & ibi etiam Salic.nu.9. C.de appell. 357

Quam conclusionem, puto esse veram, nisi iudex à quo appellationem admiserit: quia per delationem appellationis inhibitio sibi facta censetur, meritò si attentata post appellationem ante omnia reuocantur. Angel.in l.per hanc.num.3.in fin.C.de tempo.appella. Lanfranc.in d.c.quoniam contra.in verbo, Interloc.& appell.num.130.Marant.in tracta.de ordin.iudic.in sexta parte, in secundo actu vltimæ part.num.158. attento quod hoc in casu appellatio in isto possessorio sustinetur & valet: cùm à iudice à quo fuerit admissa. Iason in l.1.nume.5.C.de bonorum possess. secundùm 358

tab. & vt suprà alias tetigi.

Sed limita hanc conclusionem esse veram, nisi iudex à quo appellationem conditionaliter deferret, id est, si & inquantum iuris sit, nam hoc modo in casibus prohibitis pro non admissa haberetur. Roland. consil. 97. nu. 18. & seq. lib. 2.

Et aduerte benè tu procurator, qui causam attentatorum mouere intendis, vt in primis videas, si in ipsis attentatis iustitiam foueas: nam si in attentatis succumberes, fatalia tibi currerent, & maximum clientulo tuo damnum hoc modo afferres. Rot. decis. 101. in nouis. Alexan. consi. 68. num. 3. libr. 7. Gramma. consil. 348. num. 6. in ciuil. & consi. 54. num. 20. in crimin. secus verò est, si attentatorum causa non calumniosè reperta fuerit, nam tunc fatalia non tibi currerent. Vant. in tracta. de nullita. in titu. si quot. & infra quod tempus. nu. 14.

119 Si autem à sententia † diffinitiua appelletur, & in appellatione causa inferatur, si appellatione pédente aliquid innouetur, quòd alteri sit parti præiudiciale, & per viam attentati innouatum reuocare voluerit, illud proculdubiò ante omnia reuocatur, fine litis non expectato, d. c. non solùm. l. vnica. & ibi Bart. ff. nil nouan. appellat. pend. Ias. post Aret. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 130. & pluribus seq. ff. de acquir. poss. Dec. in c. consuluit. el. 2. num. 6. prope fin. de app. Lanfr. in d. c. quoniam contra. in verbo, Interloc. & appell. num. 130. Socin. consi. 45. num. 7. & seq. lib. 1. Io. de Am. consi. 83. num. 1. & si iudex ante omnia attentatum non reuocaret, nimiam parti appellanti iniustitiam efficeret. Franc. in c. consuluit. el 2. num. 8. de appell. Afflict. decis. 98. nume. 5. in casu autem præsertim nostro vbi requiritur, quòd causa in appellatione inferatur, vt appellatio à sententia diffinitiua permittatur, & attentatum appellatione pendente ante omnia reuocatur. l. sciendum. ff. de appella. Innoc. in c. pastoralis. nu. 3. de off. delega. Lanfran. in d. c. quoniam contra. in verbo, Interloc. & appel. num. 128. versic. in secundo casu.

Zuchard.

Zuchard.in d.l.fin num.395.& nu.400.

Et si à sententia diffinitiua appellatur, inhibitio non est necessaria: quia lex est illa, quæ de per se inhibet.d.c.non solùm.l.vnica.ff.nil nouan.app.pend.l.appellatione.& ibi Bald.num.6.& etiam Salic,num.9.C. de appell.

Cumque regulariter appellatione pendente nil innouandum sit.d.c.non solùm.l.vnica.& ibi Bart.ff.nil nou.appell.pend.l.appellatione. & ibi Doct.C.de appel. Ias. & Dec.in l.1.num.1.C.de bon.poss. secundùm tab.Oldr.cons.206.num.1.Paris.cons.105.nu.33.lib.1.& cons.28.nu.26.lib.4. 360

Quæ regula procedit & etiam ampliatur, si appellatio in dubium refricetur, an sit admittenda, vel ne. Lanfr in d.c.quoniam contra.in verbo,Interloc.& appel.nu.128.ver.in 2.casu.Ias.in l.1.nu.1.C.de bon.poss. secundùm tab.

Ampliatur quoque termino pendente ad appellandum dato: nam si in dicto tempore aliquid innouatur, illud incontinenti & ante omnia reuocatur.d.c.nō solùm.d.l.vnica.& ibi Bar.Ang.in d.l.appellatione.Lanfran.in loco allegato, vt suprà, nu.130. Ias.in l.1.nu.1.C. de bon.poss.secundùm tab. Alex.cons.99.num.3.lib.5. Marant.in tracta.de ord.iud.in 6.part. in secundo actu vltimæ par.nu.389.

Ampliatur etiam si appellatio reiecta sit, secundùm communem intellectum Doct. in d.l.appellatione.dummodò appellans deinde appellationem prosequatur & à dicta sententia appellet. secùs verò est, si non deinde appellauerit: quoniam tunc attentatum non reuocatur.Ang.in d.l.appellatione. & attentatum non reconualescit, si appellatio deseratur, vel ei renunciatum sit.Ias.in l.1.num.1.C.de bonor.possess. secundùm tabul. quam conclusionem reor esse veram, si desertio in actis constaret. Vant. in tracta. de nullita. in titu.quor. & intra quod tempus, num,48. & vt infrà dicam.

Et conclusio ergo est, † quòd si innouatio pendēte 361

appel-

appellatione à diffinitiua sentētia fiat, regulariter incontinenti & ante omnia, nullo iuris alio ordine seruato, attentata reuocantur, cùm in hoc attentatorum remedio de plano, sine libello litisque contestatione procedatur secundùm Host. Io. Andr. & Cardi. in c. 1. vt lit. pend. & vt not. in Clem. 2. vt lit. pend. Abb. in c. bonę memorię. nu. 16. & seq. de appel. & in c. ex parte. col. fi. de rescrip. Bal. in d. l. appellatione. nu. 4. & ibi etiam Salic. nu. 7. Philip. Franc. in c. dilecti. el terzo. num. 3. de appellat. Felin. in c. dilecti. num. 4. sub vers. gesta principaliter. de maior. & obed. Deci. in c. cùm teneamur. nu. 5. de appel. Thom. Ferrat. Caut. 58. nu. 4. Capit. decis. 72. Afflict. decis. 351. num. 1. Alex. consf. 99. num. 9. libr. 5. Paris. consil. 82. num. 27. & seq. lib. 4. nam sicuti attentata de facto fuêre facta, ita & ante omnia sunt reuocanda. Abb. in d. c. bonæ memoriæ. nume. 16. prope finem. Lanfr. in d. c. quoniam contra. in verbo, interloc. & appellat. num. 130. Rip. in c. sæpè. nu. 10. de rest. spol. Vant. in tract. de nullit. in tit. quot & quib. mod. nullit. propo. possit. nu. 28.

Et hæc reuocatio iudicis officio fit. Alex. cons. 99. nu. 9. lib. 5. meritò si lis super attentatis non contestatur. Bal. in d. l. appellatione. num. 6. & ibi quoque Sali. nu. 8. sed attentata ante omnia reuocantur, antequàm aduersarius super meritis causæ audiatur. d. c. non solùm. & d. l. appellatione. Alexand. d. consil. 99. num. 7. Afflict. decis. 98. num. 3. & Doct. communiter præallegati, vt suprà.

362 Alij autem † existimauêre, quòd si appellans patiatur litem contestari, & non petat attentatorum reuocationem ante omnia fieri, quòd tunc finis litis expectatur. Barto. in l. vnica. col. 1. circa medium. ff. nil nou. appellat. pend. Deci. in c. consuluit. el secundo. num. 5. ver. & notandum est. de appell. & in l. 1. nu. 2. C. de bon. poss. secundùm tab. quare igitur tu appellantis procurator sis cautus, vt statim attentatorum reuocationem petas, antequàm vlterius procedatur. Bar. & alij Doct. vt suprà allegati.

Pleri-

Plerique alij contrarium censuêre, quòd immò attentata in quacunque iudicij parte reuocantur, dummodò illorum reuocatio ante conclusionem in causa petatur: cùm per litis contestationem remedium attentatorũ renuntiatum nõ censeatur, tanquàm in hoc priuilegiatum. Rot. decis. 185. & 57. in nouis. 306. in antiquis. Capit. decis. 15. num. 188. Thom. Ferrat. Caut. 58. nu. 4. prope fi. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. part. in secundo actu vltimæ par. num. 392. Vant. in tract. de nullit. in tit. quot & quibus mod. nullit. propo. poss. num. 23. & existente partis negatione non potest dici notoriè constare in causa esse conclusum. Alex. d. cons. 99. nume. 8. ergo secundùm opinionem dictorum Doctorum, vis non est faciẽda, an attentata ab initio vel post litem contestatam reuocantur, dummodò petitio reuocationis attentatorum ante conclusum in causa sit facta. secundùm veriorem Doct. opinionem, vt per Io. de Ami. cons. 83. nu. 2.

Sed ego arbitror, has duas opiniones contrarias (fœdere distinctionis) sic concordari posse, videlicet, vt prima opinio procedat, quando innouationes ante litem contestatam fiunt, neque per appellantem petitur, illas ante omnia & statim reuocari, permittendo litem contestari & ad vlteriora procedi, ita quod in iudicio non contradicendo consentit, attentata ante omnia non esse reuocanda, sed fine litis expectato, qui tacitus consensus in non replicando in iudicio sufficit. c. 1. de restit. spol. Paris. cons. 113. num. 9. lib. 1. meritò si hoc in casu finis litis expectatur. si verò nouationes post litem contestatam fiant, & tunc reuocatio attentatorum vsq; ad conclusionem in causa peti potest, ex quo imputari non potest appellanti, cur reuocationẽ attentatorum ante litem contestatam non petierit. & in his terminis benè loquitur hæc secunda opinio, & hac ratione videmus, quòd si post conclusum in causa innouationes fiant, quòd & quoq; illarum reuocatio ante omnia fieri potest, etiam post conclusum in causa. Afflict. decis. 352. nume. 3. & seq. ita ergo ex rationis iden-

identitate, si post litem contestatam innouationes tantùm fiant, reuocatio illarum quoque fieri permittitur vsque ad conclusum in causa, & hoc modo distinguendo cithara horum Doct. concordatur.

363 Aduertaturq; semper, † q̄ quando causa attentatorum simul cum negotio principali & nullitatis committitur, censetur commissa causa attentatorum de attentatis ante commissionem emanatis & non post. Berous quæst. suis famil. q. 120. nu. 13

Et attentatorum cumulatio cum appellatione admittitur, & se adinuicem compatiuntur ante & post litem contestatam, vt habetur in c. non solùm. de appel. in sexto. & ibi Io. Andr. Gem. Franc. not. tamen opinio horum Doct. in hoc vltimo dicto intelligitur & distinguitur, vt suprà dixi.

364 Sciasque etiam tu procurator, quod remedium attentatorum est pinguius, quàm possessorium recuperandæ. Abb. in c. bonę memoriæ. nu. 16. & pluribus seq. & ibi etiam Dec. num. 7. de appel. Feli. in c. dilecti. col. pen. versi. gesta principaliter. de maior. & obed. Rip. in c. sæpè. nu. 10. & seq. de resti. spol. & in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 66. & pluribus seq. ff. de acqu. poss. Alex. cons. 99. nu. 9. & seq. lib. 5. Dec. cons. 103. num. 1. & cons. 200. col. 2.

365 Et arguendo † per attentatorum viam, satis est probare, possessionem tempore appellationis seu litis motæ simpliciter, & quòd tunc aduersarius in possessione reperiatur & sit. Abb. in d. c. bonæ memoriæ. num. 19. & 21. & ibi etiam Franc. nume. 14. Felin. in c. dilecti. colum. penult. circa medium. de maior. & obed. Iason in d. §. nihil commune. num. 132. Ripa in d. c. sæpè. nume. 10. Rot. decis. 14. in nouis. & dec. 89. in antiq. Chass. in titu. de restit. spol. decis. 3. quam conclusionem puto esse veram, nisi ille qui attentauit, præsumptionem pro se, ex aliqua verisimili causa habeat, per quam arguatur, illum non attentasse, sed potius suam continuasse possessionem, & ideo probare debet se verè tempore attentationis possedisse: quia tunc in attentatis

tatis obtinebit. Deci.conf.10?.col.pen. circa medium. nam qui suam continuat possessioné, innouare non cẽ setur. Plot.in l. si quando.sub num.e.10;.C. vnde vi. & ille in sua possessione continuare poterit, non obstante inhibitione sibi à iudice emanata. Deci. consil. 360.num.20.

Et † aduerte etiam, quòd contra petentem attentata reuocari alterius spolij exceptio non obstat, etiam si ius petentis reuocationem non constat, ratioque est in promptu, quia hæc spoliatio seu innouatio, quę lite pendente vel appellatione fit, est odiosior, quàm sit illa, quæ extra iudicium fit. nam illa quæ iudicio pẽdente fit, lædit iudicem, partem, & ius, & ex mero iudicis officio reuocatio attentatorum fit, meritò si exceptio alterius spolij & defectus notoriæ proprietatis non obstat, quominùs attentata ante omnia reuocentur: cũ omninò his nõ obstãtibus ante omnia statim reuocari debeant. Abb. in d.c. bonæ memoriæ num.20. & seq. & ibi etiam Franc.col.2.ver.3.4.& 5. Ias.in d.§.nihil commune.nu.133.& ibi etiam Rip.nu.167.& sequ. & in d.c. sæpè.nu.10. & pluribus seq. Oldr.cons.206.nu.1.Alex. d.cons.99.nu 9. Dec.cons.200.col.fi.Maran.in tract.de ord.iud.in sexta par.in secundo actu vltimæ par.num. 393 & seq. 366

Plerique autem contrarium censuêre, quòd immò quando notoriè constat, appellantem ius in proprietate non habere, tunc attentata non reuocantur, si proprietatis exceptio opponatur, & maximè cùm attentatorum reuocatio ad instantiam partis petitur. Rot. decis.14.in nouis.Cass decis.3.in tit.de restit.spol. Guido Pap.q.213.nu.6. Afflict.decis.98.nu.6.immò fortius alij existimauêre: quòd hæc quoq; opinio procedat si hæc attentatorum reuocatio iudicis officio fieri petatur.Paris.cons.168. num.27.libr.1. sed Afflict.decis.352. num.5.dicit, se in Regia camera vidisse summariè pronuntiari, attentata esse reuocanda, tamen possessio appellanti non fuit restituta. idem affirmat Rot.decis 14. in nouis.

Abb.

Abb. autem in c. bonæ memoriæ, num. 22. de appell. indistinctè tenet, quòd attentata reuocantur, etiamsi proprietatis defectus ipsius appellantis constat notoriè, siue reuocatio ad partis instantiam, siue iudicis petatur, quia iudex & pars sunt læsi, vt ibi per Abb. & addit ad cons. Alexan. 99. num. 9. lib. 5. dicit, quòd hæc opinio practicatur, cùm attentans non audiatur, allegando proprietatis notorietatem in re attentata habere, immò si attentans in principali causa vincat, adhuc pro forma attentata reuocantur. & ita fuit in Regia Neapoli camera iudicatum, quamuis deinde attentatorum restitutio non fuerit facta. Afflict. decis. 352. num. 4. & seq.

Sed tu pro concordia horum Doctorum, qui inter se pugnant, vt suprà tetigi, sic distingue, & dic, aut attentans simpliciter admissus fuit ad probandum iura sua, illisque probatis notorijssimè proculdubiò constaret, appellantem in re attentata ius non habere, cùm acta rem notoriam faciant. Dec. consil. 302. colum. fi. in prin. & tacitus consensus tam iudicis quàm partis extitit, ex quo à iudice ad probandum iura sua admissus fuit, & appellans dictæ admissioni non contradixit, & taliter quòd in iudicio tacendo consentire censetur, c. 2. de accus. in 6. Crau. consil. 1. nu. 11. qui tacitus consensus in iudicio sufficit, l. cùm ostendimus. §. fideiussores. ff. de fid. tut. meritò si hoc in casu causa attentatorum cessat, tanquàm in actis tacitè renuntiata. Paris. consi. 41. num. 37. & cons. 113. nu. 5. & pluribus seq. lib. 1. Crau. cons. 299. colum. 3. & seq. & cons. 302. nu. 5. & seq. si igitur est renuntiata, ergo amplius non reconualescit, & per consequens attentata non reuocantur. Rota decis. 357. num. 1. in fin. Ias. in l. 1. nu. 1. C. de bono. possess. secundùm tabul. Paris. consil. 41. nume. 36. libr. 1. Vant. in tracta. de nullita. in titu. quor. & intra quod temp. num. 48. & in his terminis hæc secunda opinio procedit.

Aut attentans non fuit ad iura sua probandum in re attentata admissus, ex quo aduersarius suus institit, illum

illum non debere audiri, nisi prius reuocatione attentatorum facta,& tunc attentata ante omnia reuocātur, antequàm attentans super meritis causæ audiatur.d.c. non solùm. & in his terminis loquitur prima opinio, propterea tu appellantis procurator sis cautus, vt non permittas probationes super meritis causæ fieri, nisi prius reuocatione attentatorum facta: quę omninò est facienda ante omnia, si ad huiusmodi reuocationem instabis.d.c.non solùm. l.1. & ibi Doctores.ff.nil nou. appel.pend.

Et vt plenius hanc attentatorum materiam habeas, & illam scias practicare, debes scire, quòd regulariter attentata per tertium ante omnia non reuocantur. Rot.decis.55.in antiq. Afflict.decis.354. nume.20. Vantius in tracta.de nullita.in titu.quis poss.dice. de nullita.num.20. 367

Quę regula primò limitatur non procedere, si tertius causam à vitioso habuisset, vel cum appellato innouasset: nam hoc in casu si spoliatus contra hunc tertium per attentatorum viam ageret, ante omnia reintegraretur. Afflict.decis.354.num.21. Vant.in tracta. de nullit.in titu. quis poss.dic.de nullit.nu.20. Dominus meus Soci.Iun.consil.52.num.13.lib.2. secùs verò erit, si tertius de per se principaliter possessionem intrasset. nam respectu innouationis innouatum dici non potest, ex quo appellatio contra illum non est, meritò si reuocatio huius possessionis ita per tertium apprehensæ non fit. nisi ordine iuris seruato petatur.glo.est in verbo.Reducendum. c.non solùm. de appellat.in 6. Abb.in d.c.bonæ memoriæ.nume.16. & 18. & ibi etiam Franc.col.1.& seq.Marant.in tract.de ord.iud.in 6.par. in secundo actu vltimæ par.nu.63.nisi iudicis iurisdictio per attentata impediatur. nam si impeditur, tunc per iudicem ad quem attentata reuocantur per viam attentatorum. secùs verò si iudicis iurisdictio non impediatur: nam hoc in secundo casu attentata per iudicem ad quem non reuocantur, sed per ordinarium tantùm ordine iuris seruato. Ioan.Andr. in dicto c. non

 solùm.

solùm.in gloss.fin.circa primum. Angel.in l. per hanc num.6.C.de tempo.appella. Deci.in c. cùm teneamur. nu.6.de appell.

368 Et possessor, qui reali actione vel personali principaliter conuenitur, si lite pendente rem possessam tertiò litigiosam effectam cedat; hæc cessio de iure sibi non permittitur, quamuis lite pendente ille sua vti possit possessione.c.1.& 2.vt lite nō pend.& continuando possessionem non attentat, & ideo causa attentatorum cessat.Card.in Clem.fi.vt lit.pend. Deci.cons.105. col.1.Capir.decis.72.Berous quęst.suis famil.q.116.nu. 13.tamē dico, quòd ille sua vti potest possessione, dummodò illa absq; litis partisq; præiudicio vtatur. nā si aliquod liti partique præiudicium afferat, quod equidem erit, si alicui pendente lite rem cederet: & tunc reor.quòd hoc in casu cessio proculdubiò per attentatorum viam reuocatur. Ripa in c.cùm M.nu.195. vers. potest responderi.de const.

369 Secundò etiam prima regula limitatur de æquitate canonica non procedere, cuius virtute, si tertius etiam non sit spoliator, remedium attentatorum cōtra hūc tertium singularem successorem competit.Card. Alex.Franc.& Dec.in c.bonæ memoriæ.nu.7.de appel. D.meus Soc.Iun.cons.52.nu.11.& seq.lib.2.etiam si tertius in vitium non successerit. Felin.in d.c.dilecti.nu. 4.ver.gesta principaliter.

370 Attentansque appellatione pendente rem non tantùm innouatam restituere tenetur, verùm & omnes quoque fructus ex dicta re perceptos à die appellationis interpositæ. tex.est in c.bonæ memoriæ.in fi.de appellat.Deci.cons.200.num.1 Marant.in tract.de ordin. iudic.in sexta part. in secundo actu vltimæ part. num. 395. simul cum expensis per appellantem factis. Dec. in d.c.bonæ memoriæ. nume.8. & si iudex in sententia attentantem in expensis non condemnaret: quippe illum mox condemnare poterit. Rota decis. 473. in antiquis.

371 Et innouationis reuocationem per attentatorum viam

viam petẽdo, tutius eſt ad effugiendum. Doct. opiniones, quòd appellans in libello dicat nõ tantùm omnia attentata poſt appellationẽ ante omnia eſſe reuocãda; ſed ea quoq; quæ contra appellationẽ innouata fuêre, vt dicit Addit. ad lecturã Abb. in c. conſuluit. el 2. de appel. ſed Abb. ibi nu. 7. Doct. opiniões recitat, tamen ibi dicit & cõcludit, quòd iudiciorum curſus admittitur; & ſufficit dicere, peto omnia poſt appellationem innouata reuocari. idem affirmat Oldr. conſ. 206. num. 7. ſed Dec. in d. c. conſuluit. nu. 5. dicit dictum Abb. procedere poſſe, ſi pars nõ oppoſuerit. ſecùs autem ſi pars opponet: quia tunc libellus generalis non ſufficit, niſi ex narratis in libello comprehendatur, id quod libellans dicere velit, vt ibi per Decium.

Et omnia attentata † veniunt irritanda, quæ poſt appellationem iudicialem legitimè interpoſitam fiũt, licèt contra appellationem de directo non ſint. ſecùs tamen erit in appellatione extraiudiciali, in qua tantũ retractantur innouata, quæ poſt appellationem & contra appellationem fiunt. Abb. in d. c. conſuluit. el 2. nu. 7. Felin. in c. dilecti. col. fi. de maior. & obed. Deci. in c. ſolicitudinem. nu. 4. de appel. Soc. conſ. 45. num. 5. lib. 1. & rationem inter hos caſus differentiæ aſſignat Lanfr. in d. c. quoniam contra. in verbo, Interloc. & appellat. nu. 130. Marant. in tract. de ord. iud. in 6. par. in ſecundo actu vltimæ par. nu. 401. 372

Attentataque appellatione pendente iudiciali vel extraiudiciali ipſo iure ſunt nulla: ſi appellatio legitimè interpoſita ſit, & per attentatorum viam reuocentur. d. c. non ſolùm. cum ſua materia. Abb. in d. c. conſuluit. el 2. nume. 8. Alexan. conſ. 99. num. 5. libr. 5. Pariſ. conſ. 28. num. 29. libr. 1. benè autem verum eſt, vt attentata in appellatione extraiudiciali reuocentur, neceſſe eſt, quòd appellatio iudici & parti intimata ſit: aliàs iudex & pars in attentatorum cauſa ſine metu procedere potuiſſent: ex quo attentata per illos, qui appellationem ignorant, non reuocantur. Franc. in c. bonæ memoriæ. nume. 42. de appellatio. Canoniſt. in c. ſi 373

iustus metus.eo.tit.Marant.in tracta.de ordi.iudi.in 6. par.in secundo actu vltimæ par.nu.402.

374 Et innouata pendente appellatione à diffinitiua sententia regulariter statim & ante omnia reuocantur.d.c.non solùm. & vt suprà sæpè tetigi.etiam si appellatio deseratur renuntieturque. Abb.in c. cùm venissent.num.9.circa medium. de eo qui mittit.in poss. Ias.in l.1.nu.1.& ibi etiam Dec. num.2.C.de bono.possess. Ias. secundùm tabul. Rot.decis.130.in nouis.nisi desertio in actis constaret, & declaratum esset, appellationem fuisse desertam: quia hoc in casu attentata non reuocantur. Rot. decisio.1. in nouis. Guid. Papa quæstio.213.nume.6. Vant.in tracta.de nullita.in titu. quot.& intra quod temp.nu.48.& vt alias tetigi.

Et quamuis Marant.in tracta. de ordi.iudi.in sexta part.in secundo actu vltimæ partis,nume.199. & sequ. velit, quòd hæc declaratio per iudicem appellationis non requiratur,& ibi modum reuocandi attentata dat: tamen ego arbitror hanc conclusionem esse veram,nisi essemus in casu, in quo ex statuti forma tempora appellationis prosequendæ essent vtilia,vtputà,quando statutum velit, quòd appellationis causa intra triginta dies expediatur. tūc enimuerò à iudice appellationis necessariò super appellationis desertione requiritur declaratio,aliàs attentata reuocarentur.Franc.in c.ex ratione,nu.101.de appel.

375 Et attentata non reuocantur, cùm appellatio iniusta frustatoriaque sit,& non legitimè interposita: nam paria sunt,non appellare , & frustratoriè appellare. Abb.in c.cùm venissent.num.10.de eo qui mitti in poss. Doctores in l.4.§.condemnatum.ff.de re iudic. & si appellatio non extat. non potest dici innouatum, & causa attentatorum cessat, & ideo si attentatè non reuocantur.Guid.Papa quæst.213.num.6.Paris.consil.41. num.36.& seq.& cons.108.nu.26.lib.1. Dominus meus Socin.Iun.consil.138.num.17.libr.3. Vant.in tracta. de nullita.in titu.quot.& intra quod temp.num.48. & vt alià suprà dixi.

Et

Et in quibus alijs casibus attentata possint fieri, & non reuocentur, vide remissiuè Iasonem in l.1.num. 3. C. de bonorum possess. secundùm tabul. & vt suprà aliàs retuli.

Sed si spoliatus siue per vim, vel clàm & contra spoliatorem agat remedio. c. reintegranda. 3. quæst.1. & l. si coloni. C. de agric. & cens. libr. 11. & spoliator proprietatis exceptionem opponat: dico, quòd illa proculdubiò reijcitur, per textum clarum d.l. si coloni. nam ibi violentia non aderat, & tamen ante omnia serui restitutio fit, reiecta dominij exceptione: & hoc etiam ob generalitatem d. c. reintegranda. quod c. loquitur, siue spoliatus per negligentiam, siue per vim à sua possessione ceciderit, siue per quamcunque causam, ergo patet, quod violentia in possessorio recuperandæ etiam cessante proprietatis exceptio regulariter reijcitur. c. item cùm quis. & ibi Abb. num. 1. de restit. spolia. Alexan. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 15. & sequen. ff. de acquir. possess. secundùm magis communem veriorémque Doct. conclusionem, vt habetur per Iasonem in l. rem quæ nobis. num. 19. ff. de acquir. possess. iuxta quam asserit se sæpissimè consuluisse. & ibi etiam Socin. num. 20. versic. sed circa prædicta dubitatur. Dec. consil. 57. num. 6. Zuchard. in l. fin. nu. 134. C. de edicto Diui Hadria. toll. Plot. in l. si quando. nu. 732. & seq. C. vnde vi. Balb. in tract. præscript. in quarta par. quartæ par. princip. versi. vigesimoquarto. num. 3. & seq. Paris. cons. 107. num. 36. libr. 1. Ioan. de Amic. cons. 97. nu. 10. Dominus meus Soci. Iun. consi. 68. num. 129. lib. 3. 375

Ripa autem in d. §. nihil commune. num. 73. dicit, quòd opinio Alex. (quæ est communis) procedit, quando sine iusta causa à possessione cecidit: secùs verò est, si spoliatus ageret tanquàm à Domino priuatus fuisset: quia tunc proprietatis exceptio in reintegranda admitteretur. ego autem fateor id dictum suum proculdubiò esse verum, si spoliatus fateretur, se à Domino rei spoliatum fuisse: nam ob eius confessionem

in iudicio emanatam non aliam probationem requirentem cõstaret notoriè & liquidò, proprietatem rei spoliatoris esset: meritò si hoc in casu proprietatis exceptio in reintegranda admittatur, vt infrà dicam, sed regulariter ergo proprietatis exceptio reijcitur.

377 Quæ conclusio quoque † ampliatur, si spoliator se incontinenti suum plenariè dominium probare velle offerat. quia non auditur nisi prius possessione spoliato restituta. Bar. in d. §. nihil commune. num. 3. & ibi etiam Alexan. num. 10. Ias. nu. 43. & Ripa num. 52. & lib. 1. respons. cap. 1. nu. 83. Socin. in l. rem quæ nobis, nu. 20. circa medium. ff. de acquir. possess. Ias. in l. 2. num. 1. C. de edicto Diui Hadria. toll. Plot. in d. l. si quando. num. 732. in fine. Roland. cons. 1. num. 26. libr. 1. non obstante quod Paris. cons. 1. num. 171. lib. 1. dicat, Doct. vario modo in hoc articulo locutos fuisse: tamen de iure verior communiorque est, proprietatis exceptionem in reintegranda non esse admittendam. text. est ad literam in c. literas. §. propterea. de rest. spol. nisi proprietatis exceptio notoria sit, quæ in reintegranda quoq; non reijcitur, ad impediendum possessionis restitutionem fieri. Ripa post Doct. ibi in d. §. nihil commune. num. 70. Alex. cons. 77. num. 12. lib. 2. Dec. cons. 191. num. 9. versi. 4. & cons. 449. num. 10. Ruin. cons. 27. nu. 5. vers. & prædicta. libr. 5. Gozad. cons. 50. num. 19. Paris. consi. 1. num. 169. & sequ. & cons. 10. num. 68. libr. 1. Curt. Iun. consil. 175. nume. 5. vbi dicit hanc esse communem Doctorum opinionem. Gram. cons. 2. num. 11. in ciuil. D. meus Socin. Iun. cons. 48. num. 13. libr. 2. Crau. cons. 248. num. 6. vers. nec obstat. & hoc est, quia in notorijs iuris ordo relaxatur. Dec. cons. 506. num. 4. Rip. in d. §. nihil commune, nu. 186. in fi.

378 Difficultas igitur erit in † cognoscendo, an & quando dominium rei spoliatæ ex spoliatoris parte notorium dicatur, taliter quòd in iudicio rei integrandæ non reijciatur, & dic, quòd quando spoliatus narrat se à domino priuatũ fuisse, quę eius confessio ita in iudicio facta notorijssimè dominium rei spoliatæ spoliatoris

toris esse probat, meritò si hoc in casu exceptio proprietatis in reintegranda admittatur, vt habetur in c. significasti.de diuor. & in c.ad decimas. de restit. spol. Alex.in d.§.nihil commune.nu.27.& ibi etiam Rip.nu. 73.& Rub.nu.83.& seq. Deci.cons.191.nu.9.in fi.& seq. Paris.cons.10.nu.68.lib.1.

Vel & quando † præsumptio de iure communi contra agentem sit, vt in c.ad decimas.de restit.spol. Alex. in d.§.nihil commune.num.23. Gram. cons.1. num.10. & sequē.ego hanc autem fallentiam non puto esse veram,quia potest esse, quòd ius in re spoliata spoliato competat, dominiumque rei eidem spectet, meritò si ita de facto à spoliatore sua possessione spoliari non potuit,nisi illo prius citato.c.licèt episcopus. de præben.in sexto. 379

Non obstat d.c.ad decimas. nam ille tex. loquitur, quando exceptio spoliati intentionē spoliatoris fundat, vt in præcedenti limitatione dixi, meritò si in illo casu proprietatis exceptio admittatur. Abb. in c.in literis nu.29.de rest.spol. quod ergo non sic est,quando spoliati exceptio intentionem spoliatoris non fundat,ergo hæc duo necessariò requiruntur,videlicet vt non solùm iuris præsumptio sit,quæ ex spoliati parte iniustitiam possessionis ostendat, sed quoque necesse est vt possessionem spoliatoris iustificet. Ripa in d.§. nihil commune,nu.78. declarando hanc limitationem pluribus alijs modis,vt ibi per Rip.

Vel & nisi quando exceptio proprietatis per instrumentum tantùm probatur, & non aliqua facti probatio requiritur,tunc enimuerò illa probatio erit notoriā, & in iudicio reintegranda quoque admittitur. Abb.in d.c.in literis,num.29. & in c.item cùm quis.nu. 10.de restit.spol. Alexan.in d.§.nihil commune, num. 28.& ibi etiam Ias.num.46. Dec.cons.302.colum.fin.in princip.Curt.Iun.cons.127.nume.6. quia illa exceptio est probata,& non probanda.Zuchard.in l.fin.num.75. versic. ex quibus. C.de edicto Diui Hadrial.toll.quam 380

conclusionem reor esse veram, si spoliatus nihil contra instrumentum, vel eius cōtractum excipiat neque probet, aliàs secùs erit. Crau.cons.299.num.8.& consi. 302.col.4.in fi.

381 Vel & nisi exceptio proprietatis proposita sit admissa & probata, parte non reluctante, neque protestante dominij exceptionem non esse admittendam, nã nis probationibus dominium respicientibus factis, in actisque apparentibus, resultaret cōclusio clarissima, dominium rei spoliatæ spoliatoris esse, & notoriè ad illum spectare: quia acta rem notoriam faciunt. c.cùm olim. vbi Abb. de verb. sign. Dec.cons.191.num.9.vers. quartò. & cons.302.col.fi.in prin. Paris.cons.1.nu.170. lib.1. Crau.cons.302.nu.6. meritò si proprietatis exceptio non reijciatur, cùm eo in casu sit probatio probata & non probanda. c.1.de rest.spol. Abb.in c.in literis. nu.29.de rest.spol. Bal. in l.fi.num.42. vers.2.eneruando. C.de edict. Diui Hadria.tol. Alex.in d.§.nihil commune.nu.31.& ibi etiam Ias.num.43. & pluribus sequ. vbi asserit hãc esse communẽ Doct. opinionem, quamuis ibi dicat, quòd disputatiuè loquendo in contrariũ sustineri possit, & malè meo quidem iudicio, vt ego infra ad eius iura in contrarium per illum allegata respondebo hanc opinionem sequitur Crau. consil.248. nu.5.& seq.

Et hanc quoque communem Doct. opinionem sequitur Ripa in d.§. nihil commune.num.72. & ibi etiam Rube.num.82. Cagn.in l.nemo prædo.num.3.ff. de regul.iur. Alexan.consi.77.num.13.lib.3. Dec.consi.302. colum.fi. Curt.Iun.consi.175.num.5. Paris.consi.1.num. 170.& seq.& consil.112.num.61. & consil.113.num.6.& sequen.lib.1.& consil.11.num.10.libr.4. Grammat.consil.169.num.9.in ciuil. Crau.consil.299.colum.3.in fin. & seq. ratio est in promptu, quia tum notoriè apparet proprietatem rei spoliatæ ad spoliatorem spectare & esse, meritò si illa proprietatis exceptio ita probata in iudicio reintegrandæ non reijciatur: cùm frustrà possessorium tractetur, vbi tam notoriè petitoriũ appa-

apparet, ex quo petitorium possessorij causam absorbet.c.1.& ibi scribentes.de restitut.spolia. Paris.dicto consi.113.nume.5. Crauet. consi.299.numer.8.versicu.si itaque,& consi.302.colum.4.in fine. & consil.248.numer.5.

Et prout in simili dicitur de illo, qui sententiam pro se obtinuit,quæ in rem iudicatam transiuit,si dein de passus sit super illius iniquitate disputari, nõ mox quoque exceptionem rei iudicatæ opponere poterit, quamuis exceptio litis finitæ sit. Ioan. de Amic.consi. 33.numer.35.ita ergo & in proposito nostro dici debet, quòd existentibus probationibus dominium rei spoliatæ respicientibus factis, non contradicente spoliato,consensisse censetur illas esse admittendas, meritò si illis ita probatis,ipsæ quoque in iudicio reintegrandæ admittantur, cum causa petitorij causam possessorij absorbeat,c.1.& ibi Canonist.de restitu.spol. secùs ergo erit, si spoliatus se opposuerit, ne probationes dominium respicientes admittantur. nam illo contradicente,si admitterentur,non ei præiudicabunt, quin spoliatus ante omnia in suam possessionem reintegretur.Gram.decis.89.num.3. sed ego puto non sufficere simplicem contradictionem ad inualidandũ hanc probationem dominium rei spoliatæ respicientem,sed requiritur,quòd ab illa admissione dictarum probationum appelletur.Crauet.cons.248.num.4. aliàs non appellando consentire censetur, meritò illis admissis probatisque absque alia contradictione appellationeque,si super illis quoque iudicatur,cum(vt dixi)causa proprietatis causam possessorij absorbeat. Curt.iun. cons.175.num.2.Crau.cons.299.num.8.& cons.302.col. pen.in prin.& ideò benè tu spoliati procurator aduertas,vt non tantum contradicas, sed à dicta quoq; illarũ admissione appelles.

Et si diceretur,† quòd in libello de possessione tantum fuit dictum, & sententia libello conformis esse debet. l.vt fundus,ff.commun.diuidund.ergo sententia super petitorio non profertur, sed super pos- 382

 sesso-

sessorio tantum iuxtà libellum.

Ego huic argumento respondeo & dico, illud esse verum, nisi prosequutio super vtroque facta sit, quia tunc super prosequutis sententia proferri potest, & ideò igitur super dominio probato. Paris. consi. 113. nume. 1. & seq. lib. 1. & si proprietatis exceptio ab initio proponatur, & lis contestetur spoliato non reluctante neque contradicente, iuxtà doctrinam Aret. in §. quadrupli. Instit. de act. super dominio iudicatur, non tamquam incidenter probato. dominus meus Cæphal. consi. 289. num. 34.

383 Et in iudicio † quoque reintegrandæ communiter Dd. censuere, quòd rei iudicatæ exceptio, circa proprietatem in rei fauorem conuenti prolatæ, obstat, vt latè habetur per Alex. in d. §. nihil commune. nume. 11. & pluribus seq. & spoliato imputatur, cur in possessorio prius, quàm in petitorio non egerit, iuxta consiliú Caij iurisconsulti in l. is qui destinauit. ff. de rei vend. & passus fuerit super dominio rei prius agi & pronunciari. meritò si tunc exceptio rei iudicatæ, circa proprietatem in rei fauorem prolatæ, obstat. d. c. 1. & ibi scribentes communiter præallegati, vt suprà.

Quam conclusionem enimuerò puto esse veram, & procedere posse, si sententia in petitorio in rei fauorem fuerit prolata, quia probauerit se dictæ rei dominum esse. secus verò erit, si in fauorem rei promulgata sit solum ex eo, quod actor non suam probauit intentionem, quia tunc per sententiam non probatur, illum dominum rei spoliatæ esse. l. sed & si possessori. ff. de iureiurand. meritò si eo in casu exceptio rei iudicatæ non impediat rei restitutionem ante omnia fieri. Alexan. in d. §. nihil commune. num. 12. & ibi etiam Ripa num. 44.

Quæ conclusio quoque procedit, si ante spolium sententia in petitorio promulgata sit, nam potest esse quod post sententiam spoliatus rei spoliatæ dominium acquisiuerit, ergo per dictam sententiam non probatur, dominium spoliatoris suum esse, meritò si rei iu-

iudicatæ exceptio restitutionem hanc fieri non impedit. secus verò erit, si post spolium lata sit. Alex. & Ripa præallegati in locis vt suprà.

Et si spolium fuit factum ante sententiam in petitorio contra spoliatum promulgatam, spoliatus profectò non potest se super pœna l. si quis in tantam, C. vnde vi. fundare, ratioque in promptu est, nam spoliatus in petitorio agens ius suum omne deduxit: & ideo si succubuit, etiam respectu pœnę succubuisse censetur, meritò si spoliatus amplius allegare non possit spoliatorem in pœnam d. l. si quis in tantam. incidisse. Ripa in d. §. nihil commune. num. 15.

Et tu causidice quoque semper aduertas, quòd exceptio proprietatis notoria in reintegrandæ iudicio non reijcitur, vt suprà dixi, sed tu intellige hanc propositionem esse veram, si illa proprietatis notorietas iudici, vt iudici, constaret, secundùm receptissimam Doct. conclusionem, vt habetur per Alexan. consi. 117. num. 10. lib. 4. & ideò non ab re dixit Rubeus cons. 167. num. 8. quòd prædo non restituitur, si de dominio spoliatoris in iudicio cõstat, ex quo dominij probatio est probata, & non probanda, meritò si exceptio proprietatis tam notoria in hoc iudicio reintegrandæ non reijcitur. d. c. 1. & vt suprà plenè aliàs dixi. 384

Et hæc quoque conclusio comprobatur per text. clarum in c. porrò, de diuort. vbi ille text. apertè dicit, quòd etiam si parentela sit publica & notoria, maritus absque iudicio ecclesiæ suam compellitur recipere vxorem dimissam, quia illa parentela ibi in iudicio nõ erat cognita, in fin. verò d. c. legitur, quod si iudici constaret ecclesiastico vt iudici, illam parentelam esse notoriam, eo in casu matrimonium ex officio illicitum dissoluere tenetur, ergo ex dicto text. deprehenditur, quòd si iudici ecclesiastico vt iudici constaret, illam parentelam esse notoriam, eo in casu iudex ecclesiasticus matrimonium ex officio illicitum dissoluere tenetur, ergo per dictum capitulum probatur, quòd illa notorietas iudici, vt iudici, constare debet, ad hoc vt pro-

prietatis

prietatis exceptio notoria dicatur, & impediat restitutioné rei spoliatæ spoliato fieri, & ita in his terminis loquitur c. significasti. de diuort. in contrarium allegatum à Ias. in d. §. nihil commune. nu. 46.

Et si quis subtiliter diceret, quòd in d. c. porrò. parentela erat à marito proposita, ergo erat publica & notoria, & tamen reijcitur, ergo illud capitulum contra nostram conclusionem apertè facit.

Ego autem huic breuiter obiectioni respondeo, & dico, quòd in d. c. porrò. exceptio parentelæ à marito simpliciter proponebatur, non allegando parentelam fuisse & esse publicam & notoriam, ideo hac ratione maritus suam compellitur recipere vxorem, non obstante notorietate parentelæ, vt in d. c. dicitur, ratioq; dicti c. porrò. potest esse, quia non sufficit, quòd dicta parentela sit notoria, nisi eius notorietas iudici allegetur, & vt iudici constet. Alexan. d. consi. 117. num. 10. nam sæpè multa dicuntur notoria quæ non sunt, c. consuluit. el 1. de appel. Abb. consi. 33. num. 4. lib. 1. Roma. cons. 324. num. 4. circa medium. & ideo cautela est, quòd per iudicem declaretur illud esse notorium. Bar. in l. emptorem, num. 3. ff. de actio. empt. Dec. in c. peruenit, num. 3. vers. & eo casu, de appellat. & consi. 483. num. 27.

385 Et quamuis notorium probatione non egeat, tamé allegatione indiget, & præsertim cum pars in iudicio est præsens, & notorietatem non allegat, nam eam non allegando ei renuntiasse censetur, meritò si in eo casu notorietas in nulla consideratione à iudice habetur. Ias. in l. ex quacunque. num. 36. ff. si quis in ius vocatus non ierit. in casu igitur d. c. porrò. maritus in iudicio erat præsens, vt clarè in eo legitur, ibi dũ dicit: quia eam fuisse cognatam vxoris defunctæ proponit. si ita ergo à marito proponebatur, ergo necessarium erat, vt ille in iudicio præsens esset, cum priuatio præsupponat habitum, vt habetur in l. decem. ff. de verb. obligat. si in iudicio igitur præsens fuit, & non allegauit hanc parẽtelam fuisse notoriam, tacitè notorietatis exceptio

tio à marito renunciata censetur. meritò igitur si eo in casu, non obstante notorietate parentelæ, maritus suam recipere vxorem compellatur, ergo d. c. porrò. ita intellectum non obstat conclusioni nostræ firmatæ.

Nec quicquam refert dicere,† quòd nihil commune proprietas cum possessione habet, dicto §. nihil commune, & ibi Iason num. 20. & 46. versic. secundò igitur, &c. 386

Nam respondeo, id esse verum & regulariter procedere posse, nisi spoliatus in petitorio egisset & succubuisset, nam tunc exceptio rei iudicatæ notoria circa proprietatem in iudicio reintegrandæ non reijcitur. d. c. 1. Cagnol. in l. nemo prædo. num. 3. ff. de regul. iur. Crau. consi. 248. num. 5.

Et quamuis Ias. in d. §. nihil commune, num. 46. dicat, c. primum. de restit. spol. loqui, quando super vtroque fuerit pronuntiatum, videlicet super dominio & super possessiõe, prout & quoq; in eisdẽ terminis affirmat Paris. consi. 1. numer. 171. lib. 1. tamen Ias. ibi dicit in loco allegato, hanc esse meram diuinationem, & nõ tutam: sed ego illam arbitror penitus esse falsam, & à veritate abhorrere. nam perspicuè constat in d. c. 1. spoliatum ante omnia esse reintegrandum, non obstante exceptione proprietatis proposita, nisi spoliatus admissioni proprietatis consentiret. nam illo consentiente diaconus ecclesiæ ad proprietatis exceptionem admissus fuit. si ergo non consensisset, ad hanc proprietatis probationem admissus non fuisset, ergo ibi probatur, quod in d. c. 1. de mero possessorio, & non de petitorio tractabatur. nam si super vtroque iudicium, videlicet possessorium, & petitorium, ibi fuisset agitatum, non profectò consensus spoliati requirebatur, sed absolutè diaconus ecclesię fuisset admissus, ad probandam proprietatem rei. cum igitur absque consensu non admittitur, & cum consensu spoliati admissus fuit, meritò vtique concludo d. capitulum primum, in iudicio tantum mero possessorio. & non in petitorio

loqui,

loqui.ergo Ias. vt supra malè & perperam loqueretur in intellectu d.c.primi.si velit,quòd illa diuinatio sua sit vera.

387 Et pro complemento † reintegrandæ in hoc tãtum articulo scias quoque, quòd proprietatis exceptio nõ reijcitur, si possessorio reintegrãdæ contra aliquem agas, pro alicuius fortilitij castrique recuperatione, ratioque in promptu est. nam si spoliatus non admissa proprietatis exceptione probationeque, ante omnia reintegraretur, si deinde cõtingeret cum eo iudicium super proprietate dicti castri agere, & spoliatus iam reintegratus sententiam in petitorio contra se reportaret,deindeque noluisset castrum victori reddere,difficilè sententia exequeretur,hac ratione dominij quæstio in iudicio reintegrandæ amittitur,antequam spoliatus ad eius restitutionem admittatur. Castren. in l. 2.& ibi etiam Ias.num.1.in fin. C. de edicto diui Hadr. tollen.Alexan. in dicto §. nihil commune. num.20.& seq.& ibi etiam Ripa num.75.& seq.& in terminis feudi Carpi in his terminis consuluit Soci.consi.87.num. 24.lib.3.dominus meus Socin.iun.cons.67.num.25.lib. 1.Paris.cons.1.num.177.lib.1.

Et quamuis plerique intelligere velint, hanc propositionem esse veram,si spoliatus & spoliator nõ sub eodem Principe sint,sed secùs esse, si ambo essent subditi vnico tantum Principi, qui ipsis duobus imperaret, quia tunc etiàm proprietatis probatio in iudicio reintegrandæ reijcitur. Rube. in d. §.nihil commune. nu.95.Paris.cons.22.nu.102.& 104.lib.1.Roland.cons.1. num.77.& seq. lib.1.

Sed ego quoque arbitror,licèt spoliatus & spoliator sub eodem Principe sint, quod propter hoc proprietatis quæstio non reiiciatur,çum de fortilitio tractatur,cuius recuperatio sit valdè difficilis, ratioque est.nam quid interest,quod ambo Imperatori sint subditi,si spoliatus ante omnia quæstione proprietatis nõ admissa reintegratur, & deinde sententia in petitorio contra illum feratur, nolitq; castrum fortilitiumq; victori

ctori domino reddere, quomodo absque difficultaté magna, & sine expensis maximis semper eandem sententiam effectualiter exequeretur, & compelleret victum victori ad relaxandum illud, si se Christianissimo Regi æqualis potentiæ illius Imperatoris recommendaret, illeque patrociniũ illius susciperet, proculdubio hac ratiõe fortilitij recuperatio esset perdifficilis, vt quotidie per experientiam videmus, quæ est rerum magistra. c. quàm sit. de elect. in 6. & ideo concludo & benè, quòd quando tractatur de fortilitio, quæstio dominij in iudicio reintegrandæ indistinctè admittitur & discutitur. Soc. d. consi. 87. nu. 24. decis. Pedem. 26. sub nu. 6. Rube. cons. 13. sub num. 17.

Et hæc conclusio comprobatur, nã videmus, quòd si emphyteuta irrequisita ecclesia rem emphyteuticam alienaret, cum reserua & protestatione, quòd omnia iura ecclesiæ semper salua & reseruata sint, & non aliter nec alio modo, &c. quòd tunc emphyteuta in cõmissum non incideret. Abb. in c. 2. num. 10. de feud. Felin. in c. quæ in ecclesiarum, num. 85. vers. saluatur, de constit. Ias. in l. fin. num. 142. C. de iure emphyt. Alexan. consi. 3. num. 4. lib. 1. Curt. Sen. consi. 8. num. 3. vsque ad finem consilij. Ripa lib. 1. respons. cap. 2. numer. 4. circa medium. & in c. cum M. Ferrariensis, num. 80. de consti. Iacobus de sancto Georgio in tract. suo de feud. sub vers. & cum pacto. num. 25. fol. 46. Mem. Catel. Cottæ incipiente, in verbo, Emphyt. alienans irrequisito domino. & Guid. Papæ quæst. 163. asserit ita fuisse iudicatum. Gozad. consi. 3. num. 22. & seq. Paris. consi. 6. num. 24. & sequent. lib. 4. Rube. cons. 146. num. 1. Grammat. decis. 49. num. 4. dominus meus Cæphal. cons. 296. nu. 11. quam opinionem tanquam magis crebriorem & æquiorem sequitur Rolan. consi. 50. sub num. 20. vers. verum istam partem. lib. 2. nisi emphyteuta (alienatione secuta) emptori emphyteuticum traderet, & emphyteuticum sit vnum castrum vel fortilitium, recuperatio cuius sit valde perdifficilis, tunc rectè, quòd nõ obstante protestatione & reserua facta cõtraria, alienans 38

in commissum incideret. Felin. in d. c. quæ in ecclesiarum, num. 85. vers. secundus casus. Ripa in c. cùm M. nu me. 80. de constit. & in lib. 1. respons. cap. 2. num. 18. & 21. quæ opinio Felin. vt suprà, semper Curt. iun. placuit, prout ipse attestatur in tract. suo feud. in 4. part. nume. 112. Cot. in memor. in verbo, alienans irrequisito domino. fol. 265. Curt. sen. consi. 8. num. 10. Rube. consi. 13. num. 18. Tyraq. in tract. de iure constit. in 3. part. lim. 26. num. 6. Iulius Clarus in tract. suis in §. emphyteusis, num. 13. versic. item quæro. Roland. consi. 51. nu. 30. lib. 2. & hæc est communis Doct. distinctio, à quã in iudicando & consulendo non est recedendum, immò D. meus Cæphal. consi. 223. num. 38. & seq. indistinctè tenet, quòd (traditione facta) conditio domini semper durior fit, & per consequens emphyteuta in commissum incidit.

Sed ego arbitror, quod eius opinio sit intelligenda secundùm Dd. opinionem distinguentium vt suprà, aliàs si dominus Cæphalus alio modo intelligeretur, (salua pace tanti viri,) malè (meo quidem iudicio) & perperam loqueretur, & contra communem Doct. prę allegatam. nam proculdubio si emphyteuticum non sit vnum fortilitium, & ecclesia alienationi consentire noluerit, nonne illius recuperatio semper facilis erit, sicuti emphyteuticum ad venditoris manus extitisset? certè sic: ergo cõditio domini, (traditione etiam secuta) non fit deterior ob alienationem cum dicta clausula factã, ita ergo & opinio D. mei Cæphali in dicto consi. 223. num. 38. & sequen. est intelligenda secundùm distinctionem communiter præallegatam, opinioni quorum ita distinguentium & veritate adhærẽtium creditur. Alciat. in tract. præsumpt. regula 1. præsumpt. 51. num. 3. in fin. dominus meus Socin. iun. consi. 121. num. 36. lib. 2. Riminal. consi. 50. num. 2. lib. 1. & D. quoque meus Cæphal. consi. 278. num. 112. ita & in proposito nostro dico, quòd licèt proprietatis quæstio regulariter in iudicio reintegrandę reijciatur, non tamen sic est, quando de fortilitio vel castro aliquo tractatur,

ctatur, cuius recuperatio esset difficilis, si spoliatus ante omnia reintegraretur, spoliatore super rei dominio non audito, nam tunc proculdubio quæstio proprietatis admittitur. Rube. consi.13. num.17. & seq. Rolan. consi.1. num.33. lib.1.

Benè ego autem fateor, quòd si spoliatus cautionẽ de restituendo fortilitium præstaret, casu quo in petitorio condemnaretur, & ambo sub eodem Principe sint, tunc proculdubio arbitror quæstionem dominij in iudicio reintegrandæ non debere à iudice admitti. Rube. d. §. nihil commune, nu.95. Paris. consi.22. nume. 103. lib.1. Rolan. consi.1. num.79. lib.1. decis. Pedemont. 26. num.18.

Vel & etiam proprietatis quęstio in hoc reintegrãdæ iudicio admittitur, si possessio erat vacans eo tempore, quo dominus illam apprehendit, & dominiũ rei spoliatæ statim spoliatoris esse probatur. Socin. in l. rẽ quæ nobis. num.20. vers. ad quam obiectionem. ff. de acquir. poss. Dec. consi.191. colum. penult. vers. tertiò. Paris. consi.1. num.172. libr.1. Crauet. consi.322. numer.4. vers. quintò. 389

Vel & quoque nisi res sola facti veritate inspecta cognoscatur, virtute cuius clausulæ ordo iudiciarius tollitur. ergo & hoc in casu proprietatis quæstio non reijcitur, si incontinenti probatur. Dec. consi.449. num. 21. Paris. consi.11. num.2. in fin. lib.4. Rube. consi.4. num. 12. Crau. consi.299. num.8. vers. quartò respondeo, el 1. & consi.248. in fin. 390

Et sic in omni ferè materia explicatus remanet iste nodosus articulus, an quando possessio à iudice nulliter datur, si notorijssimè de iure possessoris in proprietate rei spoliatę constaret, vel incontinenti constare posset, sit nouiter dãda, & illa data sit cõfirmanda, & si quæstio dominij admittatur, antequam spoliatus reintegretur, vel si potius spoliatus ante omnia restituatur, antequam spoliator super iurib⁹ suis audiatur? tu igitur recurre ad dicta per me allegata vt suprà, & perfectam illius resolutionem, declarationemq; habebis.

De legitimo contradictore, Materia in tria capita diuisa.

391 Nunc modo superest, quod † pro complementotius materiæ præsentis tractatus vnum alium discutiam articulum, cuius materia clauis præsentis tractatus fundamentalis est, cum omnes alij ferè articuli ab isto articulo connexitatem dependentiamque quandam habeant, vt ex præallegatis liquidò & facillimè dignoscitur. quare igitur discutiam & quæram, an & quando quis legitimus contradictor dicatur? Bart. autem post glo. in l. fin. C. de edict. diui Hadr. tollen. nu. 20. & seq. hunc articulum declarat, & ibi etiam Bal. num. 42. Sal. num. 19. Ange. num. 6. Alex. num. 23. Ias. num. 23. versic. assumo. Dec. num. 40. & seq. Curt. iun. num. 70. & sequ. Zuchar. num. 316. & pluribus seq. at quia Doctores satis obscurè intricateque hanc declarauerunt materiã, superque illam Moderni suas dilatauerunt fimbrias, eiusq; terminos replicauerunt, vnum inculcantes terminum cum alio, ita quòd veritas ex illorum dictis nõ satis multum benè comprehenditur. quare pro maiori facilitate huius articuli rem succinctè breuiterque quàm potero, pertractabo, conclusiueque procedẽdo, materiamque in tria capita principaliora diuidendo, vt omnes Dd. faciunt.

Et primò dico, quòd aut cõtradictor comparet ante licentiam de ingrediendo in possessionem, vel iussum de immittendo in possessionem.

Secundò, aut comparet post dictam licentiam, vel iussum, sed ante ingressum.

Tertiò, aut post licentiam, & etiam post ingressum.

392 Circa primum caput, † si tu procurator quæris, an comparens ante licentiam, de immittendo hæredem scriptum in possessionem bonorum possessorum, vel detentatorum per testatorem prędefunctum tempore suæ mortis, hæredi à iudice datam, legitimus dicatur contradictor, ad impediendum hæredem summarijssimè

ſimè & abſque libello, ob ſolam teſtamenti inſpectionem non aboliti neque cancellati, in poſſeſsionem im mitti? & dic concluſiuè, quòd ſi contradictor non poſſidet, non auditur ad impediendum hoc ſummarium iudicium non fieri, etiamſi titulum ſimilem allegat. Angel. in l. 1. C. de edicto diui Hadr. tollen. vel diſſimilem: vel allegat deficere ea quæ de hæredis intentione ſunt. ratioque enimuerò in promptu eſt, nam ſi nõ eſt poſſeſſor, nihil ab eo petitur, prout fieret ſi poſſideret, vt ex libelli forma colligitur, quam in principio huius ferè tractatus poſui, meritò ſi libellus non offeratur, argum. l. penult. ff. de eden. & ſi non offeratur, ergò in his omnibus caſibus ſummariè proceditur. Iar ol. in d. l. fin. num. 21. verſ. primus caſus. & ibi etiam Alex. num. 23. verſic. primo caſu. Dec. num. 40. & Zuchar. nume. 319. & pluribus ſeq. & num. 331. verſi. iſtam ampliationem. Dec. conſi. 84. colum. 2. verſ. ſecundò quia, Pariſ. conſi. 22. num. 99. lib. 1. D. meus Soc. iun. conſ. 75. nume. 18. lib. 1.

Sed benè aduertat iudex, quòd contradictor allegando ea deficere, quæ de hæredis intentione ſunt, perquirere tenetur & videre, an illæ qualitates à d. l. fin. requiſitæ extant, quæ omninò ſunt verificandæ, aliàs hæredem in poſſeſsionem non immitteret. Dec. in d. l. fin. num. 40. verſ. ſecundò limitatur. & ibi etiam Zuch. num. 336. 393

Imò in fortioribus terminis plerique extiſtimauere, quòd ſi contradictor ante licentiam datam compareat, & non poſſideat, non cenſetur legitimus contradictor, etiam allegando titulum ad ſuſpendendum licentiam, donec ſecum ſummariè de iuribus ſuis cognoſcatur, cum de eſſentia contradictionis ex contradictoris parte poſſeſſio requiratur. text. eſt perſpicuus in d. l. fin. ibi, non autem legitimo modo ab alio detinẽtur. Dec. in d. l. fin. num. 40. & etiam Zuchard. ibi num. 319. & 330. & ſeq. Decius conſ. 84. colum. 2. verſ. 2. quia dominus meus Socin. iunior dicto conſi. 75. numer. 18. Vant. in tract. de nullit. in tit. quis poſſit dic. de nullit. 394

num.22.in fin.Rolan.conſ.1.num.71.lib.1. D. meus Caphal.conſ.30.ſub num.17.19.& 21.

Sed ego hanc puto concluſionem eſſe veram, ſi bona hæreditaria ab alio, & nõ à contradictore eſſent apprehenſa, nam tunc contradictor non auditur ad impediendum hanc immiſsionem fieri, ex quo ſua non interſit. nam eo modo, quo poſſeſsionem à primo poſſeſſore auocare poterit, pariter & eodem modo ab iſto ſecundo poſſeſſore. Vant. in loco allegato, vt ſupra nume.23. in fin. ſecùs verò erit, ſi bona hæreditaria vacarent, etiam ſi contradictor non poſſideret & titulum allegaret: qui titulus ſi ſit verus, illum anteponi faceret, prout infrà ſuis locis exemplificabo, & incontinenti ſe offerret probare iura ſua, quæ in re hæreditaria habebat, prout de iure requiritur, ad hoc vt audiatur. l.2.& ibi Dd. C. de edict. diui Hadria. tollend. Caſtr.conſ.454.nu.2.& ſeq.lib.1. dominus meus Socin. iun.d.conſ.75.num.18.Roland.d.conſ.5.num.71. & per Scribentes communiter in d. l.fin. & vt infrà dicam in illo articulo fideicommiſſarij, vbi tractabo, an quando quis incontinenti dicatur probare, meritò ſi in hoc caſu iſte erit contradictor legitimus, ad ſuſpendendum licentiam donec de ſuis ſecum iuribus ſummariè cognoſcatur & diſcutiatur. Zuchar. in d.l.fin.nu.331.verſ. iſtam ampliationem.& nu.374.& ibi reſpondet ad tex. in d.l.fin.ibi, legitimo autem modo detineatur: & ratio eſt, quia tunc ſua intereſt, ne poſſeſsio vacãs repleatur, cum quis poſſeſſionem facilius vacantẽ conſequatur, quam quæ per alium repleta ſit. Bal. in d.l.fin.num. 10.& vt in ſimili dicit Iaſ. poſt Bart. in l. à diuo Pio.§.ſi ſuper rebus.num.8.ff.de re iudi. Feli. in c. veniens. el 2. num.9.de teſtib. Caſtr.conſ.179.nu.9.lib.1.Pract.Pap.in form.execut.ſent.in gl.ſapiens, nu.16. Vant. in tract.de nullit. in tit. quis poſſ.dic.de nullit.nu.23. ego autẽ benè fateor, quod ſi titulum allegaret, qui ſi verus eſſet, contradictorem anteponi nõ faceret, vel ſaltem, quod ſua non interſit, hæredem in poſſeſsionem bonorum hæreditariorum immitti, vt tetigi, & tunc proculdubio

bio titulum hunc allegans non auditur non possidendo, ne circuitus inutilis fiat. l. dominus testamento. ff. de cond. & demon. Zuchar. in d. l. fin. num. 337. in fin. & num. 346. vers. secundò.

Si verò contradictor possideat, possessionemq; simplicem sine titulo alleget, dico, quòd illa sola simplex possessionis allegatio non suspendit hæredem in possessionem immitti. Zuch. in d. l. fin. nu. 324. nam illa simplex possessio tantum operatur, quod possidens sua nõ priuatur possessiõe, nisi eo citato. c. licèt episcopus, de preb. in 6. Zuch. in d. l. fi. nu. 324. & 339. Plot. in l. si quando, nu. 84. in fin. C. vnde vi. non tamen propter illã tantum possessionem ille constituitur contradictor legitimus, ad suspendendũ ne hæres scriptus in possessionem immittatur, quia potest esse, quòd eius possessio fuit vitiosa, quæ eidem minimè prodesset. Zuch. in d. l. fin. num. 339. nisi possessio à defuncto, vel ab eius hærede habita sit. nam tunc possessor suæ possessionis qualitatem allegans auditur, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur. Dec. in d. l. fin. nu. 40. vers. quod dictum est. & ibi etiam Zuch. nu. 340. hæcq; præsertim limitatio procedit, si hæres specificat bona per cõtradictorem possessa. secùs verò erit, si nõ dicta bona specificaret, & omnia bona contradictor non possideat, & tunc contradictor quoque non auditur, sed satis sibi est, quòd non priuatur sua possessione, nisi illo prius citato. Zuch. in d. l. fin. num. 340. & seq. 395

Et si possidens citatus sit ante dictam licentiam à iudice heredi datam, an cõtradictor dicatur legitimus? dic vt aliàs in principio huius ferè tractatus dixi, nume. 69. vbi hunc articulum materiamque citationis, & quomodo citatio fieri debeat, declaraui, ad quem locũ me reijcio, ne idem repetam, & quis etiam contradicere poterit, si non citatus fuerit. Paris. consil. 81. numer. 16. libr. 2. declarando tamen in terminis suis, vt infrà dicam. 396

Si contradictor autem possideat, titulumq; dissimilem tituli hæredis alleget, siue titulum ab ipso de- 397

 functo

functo siue ab alio habuerit, & possessionem à seipso post testatoris morté, non ille hác impedit summarii cognitionem fieri, nam allegare titulum dissimilé, & possessionem à seipso non est quicquam allegare, quo ad impediendum id summarium iudicium fieri. Bart. in d.l.fin.num.21.vers.si verò allegat alium titulum. & ibi etiam Alex.num.23.in fin. Zuchard.nu.326.& seq.si verò iste contradictor acceperit possessionem eo tempore quo erat vacans, illa possessio non erit vitiosa, prout de iure requiritur. D.meus Soc.iun.cons.75.nu. 18.lib.1. meritò si contradictor est legitimus ad impediendum licentiam de immittendo hæredem scriptú in possessionem, donec secum de suis summariè iuribus discutiatur. Bal.in d.l.fin.nu.42.vers.quintò opponendo.& ibi etiam Salic.num.19.vers.tertiò casu.Dec. nu.41.vers.quid autem.Curt.iun.nu.72. Zuch.nu.343. & seq.Guid.Papæ q.132.

398 Si titulum autem contradictor similem allegat, & in possessione sit, contra possessionem simul cum titulo allegantem, non fit possessionis immissio, nisi prius secum ordinariè de iuribus suis discutiatur, & ita iudex pronuntiare debet, non huic summariæ cognitioni locum esse. ordinario autem iudicio contra contradictorem per hæredem scriptum esse agendum. Bart. in d.l.fin.nu.21.vers.aut comparet. & ibi etiam Angel. nu.6.circa medium. Dec.num.41.versi.similiter.& Zuchard.nu.428.& vt aliàs tetigi.

Quæ conclusio ampliatur quoq; procedere, si contradictor allegat, se esse in alio testamento ab alio confecto institutum, dummodò suum testatorem alleget tempore suæ mortis dicta bona possedisse, ob rationis identitatem. Zuchard. in d.l.fin. num.328.& 337.Ruin. consi.28.num.2, libro 5.secùs verò erit, si non possideat, neque neuter illorum, & contradictor antè immissionem veniat, & incontinenti iura sua probare offerat, dico quoque, in hoc casu summariè & sine libello de iuribus suis discutitur cognosciturque, & mittitur in possessionem ille, qui potiora iura habet.gl.est in l.

2. in verbo, quamuis. C. de edict. diui Hadr. tollen. quæ opinio fuit Alberici glossatoris in d. l. fin. quam Saliç. ibi secutus fuit num. 19. circa med. Ange. num. 6. Alexā. num. 23. Iai. nu. 23. vers. assumo. Dec. nu. 40. vers. & vide. bimus. & Zuch. nu. 328. Ruin. cons. 151. nu. 5. lib. 2. Paris. cons. 81. nu. 15. & seq. lib. 2. non obstante, quòd Bald. in d. l. fin. num. 10. velit quoque, quòd in illo casu libellus requiratur, quia ipse malè loquitur, & contra communem Dd. opinionem, vt ex auctoritatibus præallegatis liquidò constat, quare à communi opinione in iudicādo & consulendo non recedas.

Sed ego dico, quòd incōtinenti se probaturum offerre tenetur, quando se opponit excipiendo. secùs verò erit, si peteret se in possessionem immitti, nam tūc non teneretur se offerre paratum sua incontinenti iura probare, Ruin. cons. 28. num. 11. circa medium, libro quinto.

Et si quæras igitur quis horum duorum præferatur? dic, si institutionis titulus eiusdem testamenti sit, & ambo vniuersaliter sint instituti, res est perspicua, quòd quilibet illorum in possessionem immittitur. si vnus autem illorum alterius testamenti hæres sit, tūc prædic aut eiusdem testatoris est, & regulariter ille præfertur, qui in vltimo testamēto hæres scriptus sit, quia per secundum testamentum primum derogatur. §. posteriore, Instit. quibus mod. testam. infirm. Zuchard. in d. l. fin. num. 355. 399

Sed ego hanc limito conclusionem non procedere, si testator suo in primo testamento clausulā ad sequentia derogatoriam posuisset, & non in secundo clausula specialis derogatoria sit, proculdubio primum per secundum non tollitur, quia secundum testamentum cēsetur testatoris voluntate carere, secundùm receptissimam Dd. opinionem. Soci. in l. si mihi. §. in legatis. nu. 6. circa medium. ff. de leg. 1. & consi. 98. num. 6. libro 3. Gozadin. consi. 98. num. 10. Mars. in l. 1. §. si serui quasi. numer. 22. ff. de quæst. sed tu hanc equidem limitationem sublimita non procedere, quando in secundo

testamento liberi sunt æqualiter & vniuersaliter insti tuti, quoniam tunc sine clausula derogatoria primum liberorum fauore reuocatum intelligitur. Ias. in l. sancimus. col. 3. vers. ex hac fallentia. C. de testa. & de priuilegio liberorum satis plenè dicam in tract. de pet. hæred. ad quem locum pro nunc me reijcio.

Verùm si sumus in regula, de qua vt suprà, & testamenti prioritas non apparet, quia nescitur, quod horũ duorum prius, vel posterius sit, ex quo ambo eodem die confecta fuere, & testamenta eiusdem testatoris sunt, si hoc in casu quæris, quis horum duorum præferatur? tu pone regulam, & illam declara cum suis limitationibus, vt per Ias. in d. l. fin. num. 30. & etiam per Dec. ibi, num. 52. & seq. & per Zuchar. num. 407. & pluribus seq. & per Iulium Clarum in tract. suis in §. testamentum. nu. 99. in fin.

Si testamenta autem à diuersis testatoribus cõfecta fuerint, dico quòd ille hæres præfertur, cuius testator dicta bona tempore suæ mortis possidebat. vt in d. l. fi. vers. sancimus, dummodò alleget probetque, suum testatorem tempore suæ mortis dicta bona possedisse vel detinuisse. Zuch. in d. l. fin. nu. 328. & num. 337. Ruin. cõsi. 28. num. 2. lib. 5.

Si autem probatur vtrunque testatorem suæ mortis tempore dicta bona possedisse, tunc ille hæres præfertur, cuius testator primus fuerit mortuus, quasi quòd possessio per secundum vitiosa fuerit habita, quæ cum ita sit, minimè eidem prodesset. Zuch. in d. l. fin. nu. 355. in fin. & vt aliàs sæpè dixi.

400 Verùm si contradictor titulum dissimilem alleget qui ex eodem testamento oriatur, vtputà dicat, se esse fideicommissarium, & tunc distingue & dic: aut fideicommissarius contradictor possidet, vel non possidet. si non possidet, regulariter non est legitimus contradictor ad impediendum hæredem scriptum in possessionem immitti. Bart. in d. l. fi. nu. 22. & ibi etiã Bal. num. 42. vers. tertiò. Salic. nu. 21. Alex. nu. 24. Ias. num. 28. Deci. num. 40. vers. secundò ampliatur. & num. 28.

Zuchar.

Zuchard.num.321.& 335.& 373.Deci.83.col.2.versic.se-
cundò quia.Cur.Iun.cons.92.nu.1. Boe.decis.156.nu.1.
etiam si sua incontinenti iura docere velit:nam quam-
nis constat illum esse fideicommissarium, tamen nul-
lum ius ante restitutionem sibi factam re ipsa vel ver-
bo habet.l.restitutá.ff.ad Treb.§.restituta. Instit.de fi-
deicommiss.Ripa in l.centurio.nu.51.ff.de vulg.& pu-
pil.subst.meritò si fideicommissarius hoc in casu legi-
timus contradictor non censeatur. Deci.cons.424.nu.
18.& in d.l.fi.num.18. & etiam ibi Zuchard.nu.373. D.
meus Soc.Iun.cons.75.num.18.lib.1. Roland.cons.1.nu.
71.lib.1.

Cumque,quòd regulariter fideicommissarius pos- 401
sessionem propria apprehendere auctoritate non po-
test,scribentes in d.l.restituta. & in l. facta.ff.ad Treb.
Rip.in l.1.nu.1.& nu.5 ff.quor.legat.& in l.in quartam.
num.113.ff.ad l.Falcid.Plot.in l.si quando. numc.54.C.
vnde vi.Durant.in tracta.de art.testa.tit.5.Caut.32.nu.
1.Dec.consi.438.num.15.in fin.Dominus meus Soc.Iun.
cons.92.num.5.& seq.lib.1. Boer.decis.156.num.13.De-
cis.Pedemontani 34.num.22.& seq.& vt aliàs tetigi,&
si illam propria apprehenderit auctoritate, omni suo
iure priuabitur. iuxta l. non dubium.C.de legat. quæ
sibi quoque in fideicommissario locum vendicat. Du-
rant.in d.tract.titu.5.caut.32.num.1. Dominus Rimin.
Iun.in princ.Inst.de don.num.534.& vt aliàs suprà ple
nè tetigi.

Et licèt aliqui existimauêre, hanc conclusionẽ pro-
cedere,nisi hæres declarasset, se nolle quartam detra-
here. nam enimuerò fideicommissarius non in pœnã
incidisset,rem propria auctoritate occupando. Ias. in
d.l.non dubium.nu.1.Rip.in l.1.num.7.ff.quor.lega.D.
Rim.Iun.in princ. Inst.de dona.nu.538.tamen istorum
opinionem puto esse veram respectu quartæ tantùm,
secùs verò est, si hæres prætenderet,velle fideicõmis-
sum & legatum ob alias rationes quàm quartæ impu-
gnare: nam in isto casu fideicommissarius ius sibi di-
cere non poterit.Rip.in l.1.nu.25.ff.quor.legat.

482 Et quamuis nonnulli alij velint, quòd si possessio sit vacans, fideicommissarius possessionem propria authoritate capere possit. Paris.cons.12.num.118.lib.2.& maximè antequàm hæres hæreditatem adiuerit. Rub. cons.43.num.3. tamen ego benè arbitror, quòd in illo casu, non incidat in pœnam d.l.nō dubium. sed ad possessionis restitutionem teneatur, Dec.in d.l.fina.num. 48.vers.benè verum est. & cons.243.nume.4.Durant.in d.tract.tit.6.caut.12.nume.1. Plot.in l.si quando.num. 54.C.vnde vi.D.Rim. Iun.in prin. Instit,de dona.num. 534 D.meus Cæphal.cons.284.num.27.decis.Pedemontani 34.num.20. & seq. & ideo fideicommissarius non impedit hæredem scriptum in possessionem immitti, nisi possessione hæredi prius restituta: nam ante restitutionem possessio fideicōmissarij est vitiosa, & ideo eidem non prodest, Dec.in d.l. fina.num.48.vers.si aut. & ibi etiam Zuchard.num.379.& seq.Dec.cons.84.colum.2.vers.similiter. & cons.424. num.15. & cons.438. num.15. & cons.467.num.12. Curt.Iun.cons.92.num.4. Paris.cons.53.num.104.& seq. & cons.seq.num.6.lib.3. & cons.81.num.15.& seq.lib.2. D.meus Soc.Iun.consi. 25.num.18.libr.1. Durant.in d.tracta.titu.5.caut.32.nume.1.cùm sit iustius congruentiusque, quòd fideicommissarius bona fideicommisso subiecta de hæredis manu capiat, quàm quòd hæres ab illo legitimam petere habeat, & alia quæ sibi debentur. Paris.consil.54.num. 50.lib.3.

483 Alij autem hanc quoque conclusionem censuêre veram esse, si restitutio fideicommissario ipso iure facta sit, prout in multis etiam casibus fit, de quibus per glo.magistralem. in l.pen.§.cùm autem. in verbo, ipso iure.C.ad Treb. & per scribentes in l.1.§. sed quoties. ff.ad Treb.& per Crau.cons.303.num.16.nam in prædictis quoque casibus actualem ab hærede possessionem apprehendere debet. l.cùm hæredes.ff.de acquir.poss. Ripa in d.§.sed quoties.num.6.in fi. Plot.in l. si quando.num.848.C.vnde vi.D.Rim.Iun in prin.Institu.de

dona.

dona.num.535. Crauet.in l.1.num.141.in fin. & sequen. ff.de legat.1.Alex.conf.82.num.3.libr.2. Deci.conf.243. num.5.& conf.424.num.15.& conf.438.num.15.& conf. 461.nu 12.opinionem quorum puto veram esse, si hæres possideat: secùs autem est, si non possideat: nam tunc in prædictis casibus fideicommissarius possessionem propria auctoritate accipere poterit. Zuchard.in d.l.fi.num.375.Paris.conf.12.num.118.libr.2.& conf.54. num.32.libr.3. & hac ratione videmus, quòd si hæres conditione fideicommissi pendente bona fideicommisso subiecta alienat, quod equidem facere potest, conditione autem deinde adueniéte, vel fideicommissi die alienatio per hæredem iam facta reuocatur.l.fi. C.com.de leg. Plot.in d.l.si quando.num.849.in fi.neque in illo casu possessionem ex hæredis manu capit. Bal.& Salice.in d.§.cùm autem. Dec.in c.in præsentia. num.3.vers.nec obstat.de probat.Corn.conf.101.num. 11.lib.4.Crau.conf.19.nu.12.etiam si alienatio per grauatum in vltima voluntate sit facta. Crau.conf.19.nu. 13.vers.sexto.

404 Hincque etiam oritur illa conclusio, quòd si fideicommissario primo restitutio semel facta sit, secundo non est facienda, sed ille rem fideicommisso subiectã propria auctoritate apprehẽdere poterit, vt circuitus euitetur.d.§.cùm autem.& ibi Sali.nu.8. & Doct.communiter.Paris.conf.12.num.117.lib.2.D.meus Cæphal. conf.215.nu.27.

Et præsertim hæc conclusio proculdubiò procedit, canonica æquitate considerata. Deci.in d.c.in præsentia.nu.3.vers.nec obstat. Paris.d. conf.12.nume.115. quæ est in terris Ecclesiæ, & inter subditos obseruanda.Paris.conf.53.num.115.lib.3.si in prædictis igitur casibus fideicommissarius possessionem dictorum bonorum propria accipere poterit auctoritate, & non tenetur ex hæredis manu capere, præsertim si hæres non possideat, ergo à fortiori si sunt vacantia.Paris.d.conf. 12. numer. 118. quod argumentum à fortiori in iure

es

est validum. auth. multò mag. s C. de sacrosan. Eccles. & cùm ita sit, ergo fideicõmissarius in prædictis quoque casibus legitimus est contradictor ad suspendendum, ne hæres in possessionem mittatur, donec secum de iuribus suis summariè, & sine libello discutiatur, si iste contradictor ante immissionem compareat, Zuchard. in d.l. fin. num. 374. & seq. Rip. in l. centurio, nume. 51. ff. de vulg. & pupil. substit. quoniam sua interest ne possessio vacans repleatur. Felin. in c. veniens, el. num. 9. de restit. Zuchard. in d.l. fin. num. 331. vers. istam ampliationem, & numer. 374. & sequen. Paris. consi. 12. num. 99. lib. 1. benè autem verum est, quod si fideicommissarius in his casibus summarium iudicium impedire voluerit, non poterit, Zuchard. in d.l. fin. nume. 374. & sequent.

405 Præterea fideicommissarius possessionem bonorũ fideicommisso subiectorum propria auctoritate apprehendere potest, si licentiam à testatore capiendi illam habeat, quæ non tantum expressè, verum & quoque tacitè conceditur: vtputà si testator illum suum executorem constituat, vel in vita bona fideicommissario assignat. in his ergo casibus fideicommissarius possessionem propria auctoritate sine vitio & absque metu alicuius pœnæ apprehendere poterit. Ias. post Doct. in l. non dubium. num. 2. & num. 4. vers. sed redeundo. C. de legat. & in l. centurio. num. 46. & seq. ff. de vulg & pupil. substitut. Dec. in l. fin. num. 48. versic. & quod dictum est, & ibi etiam Zuchard. num. 376. C. de edict. diui Hadr. tollend. Ripa in l. 1. num. 7. & num. 9. & seq. & num. 15. ff. quorum legat. & in l. nemo potest. num. 64. ff. quorum legat. 1. dominus Riminald. iun. in princip. Inst. de donat. num. 539. & pluribus seq. Plot. in l. si quando, num. 54. C. vnde vi. Decius consi. 84. colum. 2. vers. nã sine vitio. & consi. 243. colum. 2. in princip. & consi. 424. num. 13. in fin. & seq. Paris. consi. 81. nume. 15. & pluribus seq. lib. 2. & cons. 54. num. 30. & seq. lib. 3. Rube. cons. 43. num. 4. dominus meus Socin. iun. cons. 113. num. 42. lib. 1. Durant. in tract. de art. testa. tit.

2. caut.

2,caut.3.num.5. & tit.6.caut.12.num. 4. Tyraq. in tract. de iure constit.in secunda part.ampliat. 24. nu.5. Boer. decis.156. nu.17. & seq.

Immò nónulli censuère, quòd quamuis his in casibus fideicommissarius per vim contra hæredem possessorem resistentem in possessionem ingredi non possit,tamen si ingrediatur,non in pœnam d.l.non dubiũ. currit.nã ille fideicommissarius nõ vim infert,sed tantùm violentiã à iure sibi permissam repellit, & si violentia extat, ex vtraque quoque parte est, quæ mutua tollitur compensatione; secundùm receptissimam & communem Docto.opinionem, vt per Rip.in l.centurio.num.53.ff.de vulg.& pup.subst. à Ploto secutam.in d.l.si quando.num.54.in fin. à qua communi ego valdè dissentio. nam in illo casu, si violentia à iure permitteretur, facilimè materia veniendi ad arma daretur, contra l. æquissimum.ff.de vsufruct. cumque singulis permitti non debet illud, quod magistratibus conceditur.l.non est singulis.ff.de reg.iur. & hac quoque ratione videmus, quòd si iudex licentiam propria parti auctoritate in possessionem ingrediẽdi concederet in executione alicuius sententiæ, si ille per vim contra possessorem resistentem possessionem accipiat, punitur,quia hæc violentia nõ sibi censetur permissa. Bar. in l.iustè possidet.nume.3.ff.de acquir.poss. qui ibi est communiter approbatus.Ripa in c.sæpè.num.86.& sequen.de resti.spol. & in l.1.nu.19.ff.quor.legat.& vt aliàs plenè tetigi. 406

Cumque benè fideicommissario prouisum sit, si istis in casibus violentiam timeat in adipiscenda possessione sibi inferri, potest iudicis officium implorare,vt illum associet per vnum nuntium curiæ suæ in corporalem possessionem.quod officium iudex impartiri tenetur, vt manu militari impedimentum remoueat.Feli.in rub.extra de treug.& pac.col.fi.Durant.in tract.de art.testa.tit.5.caut.32.num.3.in fi. & in hoc benè fideicommissarius sit cautus, petere associationem & non missionem.nam si missionem peteret,non illam 407

iudex

iudex concedere poterit, nisi prius hærede possessore citato. D. Riminal. iun. in princip. Insti. de donat. num. 541. versicu. tertio quoque. Boer. decis. 156. nume. 16. & sic secundùm iuris terminos Zuchard. post Dec. in d. l. fina. nume. 158. & 376. si in his igitur casibus fideicommissarius propria auctoritate possessionem sine vi apprehendere potest, ergo & iudicis auctoritate, secundùm terminos iuris; ergo legitimus est contradictor ad impediendum hæredem in possessionem immitti, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur. Dec. in d. l. fi. num. 48. vers. & quod dictum est. & ibi etiam Zuchard. nu. 376.

Quam conclusionem arbitror esse veram; si fideicōmissarius suum incontinenti ius docere possit. Dec. in l. fi. nu. 43. & etiam Curt. Iun. nu. 46. & Zuchard. nu. 377. & sequ. C. de edict. D. Hadria. toll. Ripa in l. 1. num. 23. ff. quorum legat. Dec. cons. 84. col. 2. ver. ex quo alia. Paris. cons. 53. num. 110. libr. 3. Dominus meus Soc. Iun. cons. 75. num. 18. lib. 1. & D. quoque meus Cæphal. cons. 4. num. 17.

408 Et quando probatio incontinenti posse fieri dicatur, variæ etenim sunt Doctorum opiniones. nam vna opinio est, quòd incontinenti dicitur fieri, quod infra duos menses fit. alij Doct. dixêre, incontinenti fieri, quòd infra octo dies fit, vel plures. alij autem existimauêre, quod iudicis arbitrio statur. & Guido Pap. quæst. 132. nume. 2. & seq. has opiniones refert, tandem in hac vltima residet, quæ est ab Alex. approbata in l. 2. nu. 2. C. de edicto Diui Hadria. tol. à Ruino in l. 1. §. qui præsens. num. 11. ff. de verb. oblig. & à Ploto in l. si quando. num. 92. C. vnde vi. Zuchard. autem remissiuè loquitur in d. l. fi. num. 275. videque Bertachinum in repertorio suo. in verbo, incontinenti. & Paris. cons. 11. num. 18. & seq. lib. 2. & Decis. Pedemon. 26. num. 16. & Io. de Ami. cons. 63. nu. 5. & seq.

Sed ego dico, quoad materiam hanc præsentem nostram fideicommissarius ius suum incontinenti probare dicitur, si in testamento in iudicio per eum producto

ducto nominatus sit, aliàs verò erit, si fideicommissarius per verborum interpretationem dicere velit, se fideicommissarium esse, quæ exceptio altiorem requirit indaginem, & in hoc remedio executiuo reijcitur, ad impediendum hæredem in possessionem immitti, illaque exceptio in alio tantùm iudicio reseruatur. Deci.consil.424.num.7.& sub num.18.& seq & consil. 467.num.13.Ruin.cons.27.num.7.lib.5. Dominus meus Soc.Iun.cons.75.num.18.in fin.& seq.libr.1. D.quoque meus Cæphal.consi.151.num.4.Roland.cons.1.num.72. & pluribus seq.libr.1. meritò si illa probatio, quæ per testamenti inspectionem fit vel per hæredis confessionem, sine alia testium probatione admittatur: secùs ergo erit, si per testes dicta exceptio sit probanda. nam tunc incontinenti non probatur, ideo in hoc iudicio tam executiuo summarioque reijcitur. Decis. Pedemontani 26.nu.16.

Hacque ratione videmus, quòd statutum dans instrumento executionem, in non nominato in eo sibi locum non vendicat. Zuchard.in l.fina. num.278. & seq. & nume.339.circa medium.C. de edicto Diui Hadria. tollen.

Hincque est etiam, quod si de filio mentio in testamento non sit facta, & ille incontinenti se offerat præteritionis exceptionem probare, dico quòd illa exceptio non admittitur altiorem indaginem requirens ad impediendum hæredem scriptum in possessionem immitti, l.2. & ibi Scribentes.C. de edicto D. Hadria. toll. Alexan.in d.l.fina.nume.23.versic.secùs si allegat. & cons.101.num.11.lib.5.Dec.cons.84.colum.2.vers.ad ista breuiter.Paris.cons.60.num.8.lib.3. Ripa lib.1. respons.cap.3.num.82. Dominus meus Soci.Iun.cons.75. num.19 lib.1.Roland.consi.1.num.72.& pluribus sequ. libr.1. Durant.in tract.de art.testan.titu.11. caut. 20. num.5. & id vltimæ voluntatis fauore. Zuchard. in d. l.fin.num.378.Cagnol.in l.in pari.num.8.in fi.ff.de reg. iur. secùs verò est, si mentio de ipso filio præterito in testamento fiat, tunc præteritio illius per testamenti

exhi-

exhibitionem, sine alia testium probatione, probatur, & illa probatio incontinenti dicitur fieri. merito, si in hoc iudicio summario admittatur, ad impediendum hæredem in possessionem immitti, donec secum de iuribus suis summariè discutiatur. Bar. in d. l. fin. num. 2. vers. venio ad contraria. & ibi etiam Dec. nu. 43. circa medium. Curt. Iun. nu. 3. 274. & 277. & Zuchard. nu. 75. Ias. in l. 1. vers. tertiam rationem. C. de edicto Diui Hadria. toll. Curt. Iun. cons. 32. num. 9. Ruin. cons. 28. num. 11. circa medium. libr. 5. Paris. cons. 11. num. 18. lib. 2. Dominus meus Cæphal. cons. 4. sub nume. 20. & sequ. nam omnis exceptio quæ de iure libris apertis probatur, nunquàm reijcitur, prout de instituto & substituto dicitur. Ias. in d. l. 1. in fi. Dec. in d. l. fi. num. 35. in fin. & ibi etiam Zuchar. num. 255. nisi hæres Trebellianicam detrahere velit, vel fideicõmissum impugnare: quia tunc hæres scriptus non impeditur, se in possessionem immitti, ex quo fideicommissarius fideicommissum de manu hæredis capere debet, & non propria authoritate ius sibi dicere potest. Alex. in d. l. fi. num. 24. Ripa in l. 1. num. 25. ff. quor. lega. Ruin. cons. 139. num. 5. versicu. & quamuis. libr. 2. Dominus meus Cæphal. consil. 289. num. 27.

409 Verùm & quoque licèt exceptio altiorem requirens indaginem non admittatur, ad impediendum hæredem in possessionem immitti, vt suprà dixi: tamen hæc regula limitatur nõ procedere in exceptione præscriptionis, quæ in hoc est priuilegiata, vt finis litium sit. Bald. in l. fin. num. 23. & ibi etiam Dec. num. 22. C. de edicto Diui Hadriani tollend. per quam tollitur remedium dictæ l. fina. & hoc per text. in d. l. fi. Dominus meus Soc. Iun. consi. 77. num. 159. lib. 1. Io. de Amic. cons. 63. nu. 1. & 9.

Et maximè si præscriptio esset completa, quæ enimuerò impedit hæredem in possessionem immitti. Ang. in d. l. fin. col. pen. circa medium. & ibi quoque Bal. nu. 34. in fin. Dec. num. 43. in fi. & Zuchard. nu. 354. versi. ex quibus. Balb. in tract. præscrip. in prima par. princ. q. 9. nu. 3.

num.3.in fine. quam conclusionem puto esse veram, si præscriptio in vim dilatoriæ & ad processum opponatur, & sit liquida, vel incontinenti probari possit: tunc profectò illa est exceptio litis finitæ, & litis contestationem impedit, & penitus ac in totum aufert remedium d.l.fi.glo.est in d.l.2.in verbo, Quamuis.in fi. C.de edicto D.Hadria.toll. Sali.in d.l.fi.num.26. & ibi etiam Dec.num.22. Cagn.in l.2.num.82.C.de pactis inter empt.& vend.Castr.cons.454.num.3.vers.quarta & vltima.lib.1.in nouis.Io.de Ami.cons.48.num.2.& seq. Craue.cons.124.num.14. Balb.in tracta.præscript.in 1. part.princ.quæst.9.num.2.& sequ. & ibi remissiuè declarat, quando statim & citò præscriptio liquidari dicitur, vt ibi per eum: & vide etiam Ioan.de Ami. cons. 63.nu.2.& seq.

Vel & quoq; præscriptionis exceptio litis ingressum impedit, etiam si incontinenti præscribens non offerat se illam probaturum, dummodò probationes præscriptionem probantes absque hęredis scripti con tradictione admittantur. Alex.cons.213.num.1.lib.2.& ibi etiam apostillans: nam illis admissis sumus in probata, & non in probanda, prout in simili de fideicommissario dicitur, qui iura sua probasset, erit contradictor legitimus, si hæres etiam passus sit illum possidere: nam illius possessio ob tacitum hęredis consensum non est vitiosa, & in probatis & non probandis extat: meritò si ille impediat hæredem scriptum in possessionem immitti. Paris.cons.53.nu.110.lib.3.declarando hanc conclusionem, vt ego infrà dicam. 410

Et tu procurator aduertas benè ad illud, quod suprà dixi, videlicet, quòd fideicommissarius in testamento executor datus propria auctoritate bona fideicommissi apprehendere potest, & ita accepta possessio illius non erit vitiosa, secundùm crebriorē veriorem que Doct.opinionem præallegatam, vt suprà. tamen ego declaro dictam conclusionē esse veram, si solus executor in testamento datus sit: secùs verò erit, si plures darētur executores, nisi insolidum fuissent dati: quia

tunc possessionem propria auctoritate capere poterit, sed si non insolidum secus erit. Deci. consil. 243. col. 1. ver. nec obstat huic conclusioni.

Vel & nisi alius executor sit suus aduersarius, nam tunc si in possessionem à iudice missus fuisset, in illa quoque confirmaretur. Paris. cons. 81. nu. 21. lib. 2.

411 Si fideicommissarius † autem vniuersalia sine vitio possideat, prout erit in casibus propositis declaratisque, vt suprà, & vltra prædictos casus fideicommissarij possessio quoque vitiosa non erit, si hęres patientiam fideicommissario possidēdi per longum tempus præstitisset, quæ patientia loco traditionis haberetur. Paris. cons. 53. nu. 11. & seq. lib. 3. & præsertim cùm grauatus sciuisset, se teneri illam possessionem fideicommissario restituere, prout in dubio præsumitur, nisi in contrarium probetur. Paris. d. cons. 53. nu. 112. si igitur præter casus narratos fideicommissarius possideat, possessio illius est vitiosa, neq; eidem prodest: meritò si legitimus contradictor non sit. Rolan. cons. 1. nu. 71. lib. 1. & vt aliàs suprà tegi.

Si autem fideicommissarius sine vitio possideat, prout in dictis casibus prænarratis erit, & suum incontinenti ius probare paratus sit, profectò ille legitimus contradictor erit, ad suspendendum hæredem in possessionem immitti, donec secum de suis iuribus summariè discutiatur. Bar. in d. l. fi. nu. 22. qui communiter per Scribētes ibi est receptus. & per Dec. post alios ibi nu. 48. & per Zuchar. nu. 377. Deci. cons. 424. nu. 18. vers. non obstat. Ruin. cons. 27. nu. 7. lib. 5. Paris. cons. 12. nu. 114. lib. 2. & cons. 53. nu. 110. lib. 3. D. meus Soc. Iun. cons. 75. num. 18. lib. 1. & quoque dominus meus Cæph. cons. 4. sub nu. 17.

Et ius suum incontinenti probare dicitur, si de illo expressè mentio in testamento facta sit, aliàs secùs erit. Dec. cons. 424. nu. 18. in fin. & seq. D. Cæph. cons. 4. sub nu. 17. & seq. Roland. cons. 1. nu. 72. & pluribus seq. lib. 1. ita etiam annuit Rip. in l. 1. nu. 23. ff. quor. legat. & vt aliàs suprà tetigi.

Quam

Quam conclusionem limita non procedere, si hęres Trebellianicam detrahere possit & velit, nam in isto casu non erit legitimus contradictor, ad suspendendũ hæredem scriptum in possessionem immitti. Alex. in d.l.fin.nu.24. sed totam hæredi hæreditatem restituere tenebitur. Ripa in l.1.nu.23.ff.quorum legat. Boer. decis.156.num.2.& nu.5. Ruin.cons.139.num.5.vers.& quamuis.libr.2.& cons.140.num.3.vers.sed præmissis. lib.5. Paris.cons.53.nume.113.libr.3. & dominus meus Cæphal.cons.289.num.27.lib.2.secùs verò erit, si quarta hæredi non debeatur: quia tunc non fit restitutio. Paris.d.cons.53.num.113.& seq.& alij Doct.præallegati vt supra.

Dec.autem in d.l.fi.nu.48. prope fi.contra hanc distinctionem communiter receptã insurgebat, arguendo hoc modo, si fideicommissarius de hæredis voluntate possideat, quarta ipsi tunc hæredi nõ debetur tanquàm tacitè remissa, & si non debeatur, ergo fideicommissarius hoc in casu indistinctè contradictor legitimus erit, ex quo fundamentum Doctorum in contrarium distinguentium cessat, igitur &c. 412

Curt.autem Iun.cons.92.nu.4.dicit id esse verum, nisi hæres persuasus fuisset, illum esse fideicommissarium, hacque tantùm ratione consensisset, illum accipere possessionem & possidere: nam profectò si hæres deinde redditus fuisset certus, illum non esse fideicommissarium, talis quoque consensus eidem nõ prodesset, vt ibi per Curt.Iun.

Verùm ego huic Decij opinioni non assentio, nam illa approbatio quæ fit tacitè, relationem ad contenta in testamento habet: ideo secundùm ibi disposita venit intelligenda: cum relatum in referente cum omnibus suis qualitatibus cõtineatur. Bart.in l.si quis seruum.§.fi.nu.5.ff.de leg.2.Dec.cons.687.nu 3.Paris.consil.43.num.39.libr.3. & vltra eius intentionem non extenditur, l.non omnis.cum sua materia.ff.si cer.pet. & cùm ita sit, Trebellianica hodiè secundùm testatoris voluntatem, & non contra eius voluntatem detrahitur. 413

hitur. Ripa in l. nemo potest. num. 45. ff. de lega. 1. dominus meus Soc. Iun. consil. 170. num. 24. & seq. lib. 2. Crau. consil. 194. num. 2. ergo hæres per huiusmodi tacitum consensum Trebellianicæ renunciasse non censetur. Curt. Sen. cons. 75. num. 5. & seq. Deci. cons. 256. colum. fina. vers. non obstat quod saltem. & cons. 688. num. 7. vbi asserit hanc esse communem Doctorum opinionem. Paris. cons. 43. num. 32. in fin. & pluribus seq. lib. 3. Crau. cons. 200. nu. 6. in fi. dominus meus Cephal. cons. 153. num. 75. & num. 78. ita etiam annuit Zuchard. in d. l. fin. num. 382. vers. si verò possideret, licèt ibi referat aliam distinctionem, vt infrà dicam. nam tacitus consensus non tantæ videtur potentiæ, quantæ expressus, ad aliquid contra iuris regulas inducendum. Crauet. cons. 200. num. 8. in fi. attento quòd renunciatio in dubio non præsumitur, quia erit donatio, c. super hoc. de renunciat. l. cùm de indebito. ff. de probat. quæ renunciatio non inducitur, nisi expressè fiat. Crau. cons. 123. num. 12. & consi. 200. num. 8. in fi. & nu. 10. si igitur non ex illo tacito consensu renunciatio quartæ arguatur, quin suam Trebellianicam detrahere possit, iuxta testatoris voluntatem, vt supra dixi, & permittente iure, l. Gracchus. C. de adult. non obstante. Anchar. consil. 151. secuto à Rubeo cons. 43. num. 11. versic. præmissis. communiter à Doct. pręallegatis reprobato. ex quo Anchar. & Rubeus loquuntur in expressa approbatione per verba ampla facta, secùs verò est in tacita. dominus meus Cæphal. cons. 153. num. 76. & sequ. nos vtique sumus in tacita, meritò si hæres scriptus Trebellianicam detrahere voluerit, fideicommissarius contradictor non sit legitimus, ad impediendum hæredem in possessionem immitti, nisi tota prius hæreditate hæredi restituta, secundùm crebriorem Doctorum opinionem.

414 Et quamuis plerique velint, quòd hæc propositio sibi locum vendicat, cùm Trebellianica filio in testamento paterno non sit prohibita: secùs verò si prohibita sit, quia tunc per testamenti approbationem illa

censetur remissa, & in his terminis procedat Ancharani opinio consi.151. ita tradit Paris.consi.17. num.19. & sequen.& cons.16.num.60.lib.2. & cons.:6. num.32. eod.lib. Curt.Iun.cons.54.num.11. Cagn. in l.Papinianus.§.meminisse. nu.17.ff.de inoff. testam. & ratio est, nam si Trebellianica sit prohibita,contra testatoris voluntatem deducitur, & in his quoque terminis illa communis Doctorũ opinio loquitur, quæ vult, quòd Trebellianica contra testatoris voluntatem. & non secundùm eius voluntatem detrahatur,text. est clarus in c.Raynaldus.in fi.de testam.Soci.in l.1.§.si hæres.num. 7.ff.ad Trebell.Ias.in l.1.nume.57. & ibi etiam Crauet. num.135.ff.de legat.1.idem Crauet.cons.194.num.2. Ripa sibimet contrarius in l. in quartam. nume.114. circa medium.ff.ad legem Falcid.dominus meus Socin. Iun. consil.170.num.24. & pluribus sequen.libr.2.Clarissimus & dominus meus quoque Cæphal. cons.153. num. 74. & hoc modo vtraque illorum opinio saluatur, & hanc quoque distinctionem sentit glo.in d.c. Raynaldus.in fin.

Alij autem censuêre, horum opinionem procedere posse, si testamenti approbatio expressè cum iuramento sit facta, vt loquitur Curt.Iun.cons.21. num.3. & Paris.cons.1.num.99.in fi. & pluribus seq. & nu.113. lib.3.sed tu dic, quòd etiam hæc opinio procedit, si sine iuramento approbatio sit facta,dummodò expressè & per verba ampla fiat. dominus meus Cæph. con.153. num.73.& seq.& num.76.& 78.secùs verò erit, si hæres testamentum tacitè approbaret, nam lex in hoc secundo casu videretur quodammodò resistere. ne hæres adeundo dicatur defuncti voluntatem approbare. Paris.cõs.43.nu.37.& seq.lib.3.D.meus Cæphal.cons.153. nu.75.& 78.& per alias rationes præallegatas,& vt infrà dicàm. 415

Zuchard.autem in d.l.fi.num.382.dicit,opinionem Decij procedere posse,si post aditam hæreditatem hæres consensum suum præstiterit, secùs verò si antè : nã in hoc secundo casu voluntas illius tantùm accommodata

data erit, & quarta tacitè remissa non censetur, sed illa omninò hęredi debetur, meritò si respectu quartę per hæredem detrahendæ fideicõmissarius legitimus contradictor non sit.

Sed Ripa in l.1.num.8.ff. quorum legat. putat hunc vltimum casum procedere, quando hæres non vt hæres, sed vt Titius consentiret, vel protestaretur se nolle per hunc consensum hæreditatē adire: nam illa protestatio declaratoria animi sui operatur, & sibi prodest. Ias. in l.pro hærede.nu.5.ff.de acq.hęred. secùs verò erit, si suum simpliciter assensum absque protestatione accommodaret: quoniā per huiusmodi assensum censeretur hæreditatem adijsse, l.gerit.l.pro hærede. ff.de acq.hæred. & ille assensus ita simpliciter accommodatus sibi noceret, vt per Rip. vt suprà.

416 Ego autem non existimo hanc sententiam Ripæ essę veram, cùm hæres simpliciter consentiendo nihil facit, facienti autem tantùm annuit, l.aliud est vendere. ff.de reg.iur. & tamen lex in hæreditatis aditione considerat, quòd hæres eius animum expressè purèque, & non conditionaliter declarat. Crauet.cons.312.num.3. in fin. & sequen. vel quòd hæres rebus hæreditarijs vtatur, vendendo, colendo, locandove. §. item extraneus. Institut. de hæred. qualit. & different. & ibi Aretin.nume.6. Iason in d.l. pro hærede. nume.12. Durant.in tractatu.de art. testan. titu.11. caut. quinta, numè.1. aliàs hæredis mens erit in corde retenta, quæ nihil operatur, l.si repetendi.C.de cond.ob caus.

417 Et in actibus dubijs, qui aditionem & citra interpretari possunt hæreditatis aditio non præsumitur, & tunc declarationi non hæredis tantũ, sed hæredis quoque hæredis regulariter statur. Ias. in l. non solùm.§. morte.nu.14. vers.tertia conclusio.ff.de nou.oper.nunciat.Alex.cons.32.num.2.lib.3.Crau.cons.197.num.4.& sequ. & qui aditionem allegat, illam quoque probare debet. Dominus meus Soci.Iun.cons.94.num.36.lib.1. Crauet.cons.197.num.5.& probatio debet esse concludens, aliàs non releuat. Craue.cons.33.num.2.cùm igitur

tur ita sit, & hæres solùm tacitè consentiat, & nihil de facto faciat, neque suam expressè intentionem declaret, in actuque dubio potiùs non aditio, quàm aditio iudicetur, declarationique hæredis quoque in dubio cum eius iuramento stetur, nisi in contrarium concludenter probetur: meritò si hoc in casu non aliter hæredis voluntate declarata neque expressa, quoad aditionē, hæres semper declarare poterit, illum per hunc tacitum consensum non hæreditatē adiuisse, ergo hoc modo iste tacitus consensus semper ante hæreditatis aditionem erit, & in quarta sibi non præiudicauit, & ideo hæredi debetur. Rim. Iun. in prin. Inst. de don. nu. 537. & cùm veritas ita sit, meritò distinctio Zuchardi inanis & frustratoriè posita censetur.

Et propterea quoad remissionem non curo, an hæres tacitum consensum ante aditionem vel post præstiterit, cùm ex illo tacito consensu Trebellianicæ renunciatio non arguatur. Curt. Sen. Dec. Paris. & Crau. in consilijs præallegatis. nā ille tacitus consensus non est tanti vigoris, vt est expressus renunciatioque est stricti iuris, & ideo non præsumitur, vt suprà dixi, igitur &c. & tantò fortius cùm hic de maximo præiudicio tractetur, Bart. in l. quæ doctis. num. 24. ff. solu. matrimo. vereque loquendo tacere est quoddam medium inter consentire & dissentire. Barto. in d. l. quæ dotis. num. 21. Cagnol. in l. qui tacet. ff. de reg. iur. immò propter hoc, si hæres hæreditatē adierit, testatoris voluntatem in hoc approbare nō censetur, taliter quòd Trebellianicam non detrahat, sed eius voluntas cum legis dispositione se conformare intelligitur, quæ vult hæredem Trebellianicā detrahere posse, & lex quodammodò resistit, ne hæres adeundo hæreditatem dicatur in hoc defuncti voluntatem approbare. D. meus Cæphal. cons. 153. num. 75. & 78. meritò ex his indubitatissimè concludo, quòd per tacitum hunc consensum hæres Trebellianicæ renunciasse non intelligitur, etiam si post hæreditatem aditam huiusmodi tacitum cōsensum præstiterit. 418

Neque ex illo tacito consensu (qui oritur ex testamenti approbatione) fit aditio, vt suprà dixi, verùm etiam si fieret, & filius hæres sit sine beneficio l. & inuentarij, per hanc aditionem Trebellianica non priuatur, si illam tenebis communem Doctorum opinionem per totum mundum obseruatam, videlicet quòd filius hæres absque beneficio l. & inuentarij Trebellianicam non amittat. Ias. in l. Marcellus. num. 68. in fi.
419 ff. ad Treb. † & in rub. ff. eo. tit. num. 7. Cagnol. in l. Papinianus. §. meminisse. num. 15. & sequ. ff. de inoff. testa. & hæc est seruanda, quia cõsuetudo illam admisit, quæ est optima legum interpres. D. meus Soc. Iun. cons. 137. num. 9. & cons. 131. num. 58. libr. 1. vbi affirmat hanc esse magis communem, veriorem, æquioremque Doct. opinionem, pro qua sæpissimè iudicatum fuit, quã communem secutus fuit Dec. cons. 218. num. 5. Paris. consil. 30. num. 2. lib. 3. Ruin. cons. 163. num. 14. libr. 2. Dominus meus Soc. Iun. cons. 28. num. 2. libr. 2. Ripa in l. filiusfamil. §. Diui. num. 30. in fi. ff. de legat. 1. & in l. nemo potest. nu. 52. ff. eo. titu. & nouissimè hanc esse magis communem, veriorem, ęquioremque Doct. opinionem, asserit Iulius Clarus in tract. suis in §. testamentum. nu. 61. vers. difficultas est. & qui dicit in contrarium valdè errat, vt dicit D. meus Soci. Iun. cons. 112. num. 3. libr. 3. hancque opinionem pluribus rationibus defendit Crau. cons. 17.

420 Et fructus in quartam liberis primi gradus non imputantur. Cagn. in d. §. meminisse. nu. 10. & seq. & num. 16. Crau. in l. 1. num. 148. ff. de legat. 1. Paris. inter consil. Domini mei Socini Iunioris consil. 132. num. 1. & seq. lib. 1.

421 Verùm equidem, si alteram tenere volueris opinionem, videlicet, quòd ob inuentarij confectionem filius hæres Trebellianicam non perdat, quam secutus fuit Dec. sibimet contrarius in consi. 236. num. 5. versi. alia est opinio. & cons. 480. num. 16. Curt. Iun. cons. 54. num. 7. & seq. Paris. sibimet contrarius consi. 126. num. 37. libr. 1. & consil. 1. nume. 88. & consil. 27. nume. 18. lib. 3.

lib.3.& conſ.16.num.65. & ſeq. libr. 2. vbi aſſerit hanc eſſe magis communem & veriorem Doct.opinionem, iuxtà quam ſæpiſsimè fuit iudicatum, hancque aſſerit communem Ruin.conſ.37.num.15.lib.1. Rube.conſ.2. num.24.& pluribus ſeq.& conſ.43.num.12.à qua in iudicando & conſulendo non eſt recedendum, vt dicit nouiſsimè excellentiſſimus D.meus Cęphal.conſ.153. num.67.& pluribus ſeq.& nu.72.

Quam opinionem ego arbitror (diſputatiuè loquẽ 422 do) in puncto iuris eſſe veriorem, conſiderando rationem, per quam dicitur, quòd extraneus hæres (nõ confecto inuentario) Trebellianica priuatur, quæ fuit hęc, nam hæres pręſumitur tot bona occultaſſe ad eius Trebellianicam ſufficientia, & ne legatarij quoque, vel fideicommiſſarij defraudentur, hac ratione hæres non inuentario confecto Trebellianica priuatur, vt dicit text. clarus in §.ſancimus. in auth. de hæred. & Falcid. Curt. iun. conſ.54. num. 8. & ſeq. quæ ratio militat tam in filio, quàm in hærede extraneo, ergo idem ius debet eſſe. l. illud. ff. ad leg. Aquil. l. quidam. §. numularios. ff. de ed. cum ſimil.

Et ſicuti pater omnia eius bona dilapidare poteſt, 423 & nihil filio præter eius legitimam relinquere, ergo & quoque ipſi filio in ſuo teſtamento Trebellianicam prohibere poterit. Rube. conſi.2. num.20. & ſeq. & conſ.73. num. 11. vbi aſſerit hanc eſſe crebriorem veriorem que Dd. opinionem. Curt. iun. conſ.54. Ruin. conſ.37. num.15. libro 1. Pariſ. conſ. 26. num.25. & ſeq. libro 2. ſi illam igitur filio, prout extraneo, prohibere poſſit, ob rationis identitatem, meritò ſi filius hęres ſine beneficio l. & inuentarij ſua priuatur Trebellianica. Doct. communiter in ſecunda opinione præallegati.

Nam quando filius Trebellianicam detrahit, id 424 non facit tanquam filius, ſed vt extraneus, meritò ſi fructus per illum percepti in dictam Trebellianicam imputantur, prout extraneo fit. D. meus Cæphal. conſ. 153. num. 70. vbi plures cotas congerit, per quas com-

probatur quoque ita fuisse iudicatum, prout etiã Rolnæ ita asserit fuisse iudicatum Paris. consi.27.nu.15.& 39.lib.3 & consi.93.nu.46.lib.2. & maximè quando grauatus alteri, quàm descendenti, restituere teneretur, secundùm receptissimam Dd. opinionem. vt per Rol. cons.30.num.8.lib.1. & quando etiam filius hæres duas quartas detraheret, nam tunc testator mandare potest filio, vt filius eos in Trebellianicã computet. Crauet.consi.16.nu.10.& seq.

125 Sed ego equidem arbitror, quòd si præsens articulus in aliqua contingat ciuitate disputari, & vna dictarum opinionum à communi vsu obseruantiaque recepta sit, prout multoties primam opinionem hic in terra Mirandulæ, & in ciuitate Mantuæ, & alibi, obseruare vidi, & hoc in casu ab illa in dictis locis in iudicando & consulendo non recederem, & iudex qui ita iudicaret, rectè iusteque faceret, & si altera opinio in alia ciuitate ex vsu seruaretur, ab illa quoque secunda opinione in iudicando & consulendo non recederem, & si iudex ibi ita iudicaret, benè & iustè faceret. Crauet.consi.16.in fin. Iulius Clarus in tract.suis, in §. testamentum, num.61. versi.difficultas est.in fin. & ratio huius meæ conclusionis est, quia consuetudo est optima legum interpres, & id minimè mutãdum est, quod à longa consuetudine in aliqua ciuitate receptum fuit, l.minimè. ff.de legi.vt in proprijs terminis tradit Crauet.consi.16.in fin.

126 Sed redeundo ad rem nostram principalem, pro illius resolutione vnam solidissimam conclusionem facio, quæ est, quòd filius hæres per tacitum consensum Trebellianicæ renunciasse non censetur, siue ille consensus tacitus, ante aditionẽ, siue post prestitus fuerit, cum per aditionem filius hæres non sua priuatur Trebellianica, etiam si sine beneficio l. & inuentarij hæreditatem adierit, nisi in vna ciuitate sumus, in qua consuetudo viget, & per quam secunda opinio præallegata obseruatur, & si sit hæres extraneus, qui per hæreditatis aditionem sine beneficio l. & inuentarij Trebellianica

lianica priuatur, id non euenit ob tacitum consensum, sed quia sciebat, quòd si hæreditatem sine inuentario adiuerit, Trebellianicam amiserit, cum quilibet scire leges præsumatur. l. leges sacratissime, C. de legib. non ex illo igitur tacito consensu, in permittendo fideicõmissarium possidere, hæreditatis aditio arguitur. dominus Rim. iun. in prin. Instit. de donat. nu. 537. & vt supra tetigi, neque ex eo tacito consensu Trebellianicę renunciauit, rationibus, iuribus, auctoritatibusq; pręallegatis. secùs autem est, si expressè testamentum cum iuramento hæres approbasset, vel etiam absq; iuramẽto, dummodò testamenti approbatio expressè sit facta, & Trebellianica in testamento paterno hæredi prohibeatur, tunc profectò dico, filium per testamenti approbationem expressam in Trebellianica sibi præiudicasse. Curt. iun. consi. 21. num. 3. Paris. cons. 1. num. 99. in fin. & pluribus seq. & num. 113. lib. 3. D. meus Soci. iun. consi. 170. num. 24. & plurib. seq. lib. 2. & dominus quoque meus Cæphal. cons. 153. num. 73. 75. & seq. & 78. & vt alias tetigi.

Si autem hæres hæreditatem cum beneficio l. & inuentarij adierit, testatoris voluntatem in hoc approbare non censetur, quin Trebellianicam detrahat, ex quo illius voluntas iuri conformis esse præsumitur. D. meus Cæphal. consi. 153. num. 75. & 78. quare igitur in omnibus casibus prænarratis, in quibus filius hęres scriptus in Trebellianica sibi præiudicauerit, in illis indistinctè quoque casibus fideicommissarius possidens contradictor legitimus erit, ad suspendendum hæredem in possessionem immitti, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur. secùs verò erit in alijs casibus, in quibus non in Trebellianica sibi præiudicium attulerit, secundùm crebriorem veriorem que Dd. conclusionem in principio huius articuli pręallegatam. benè autem quoque fateor, quòd quando quarta hæredi debeatur, illaq; sit certa, & fideicommissarius illam quartam tãtum restituat, in cęteris liberatur: secùs verò erit, si quarta non sit certa, nam in hoc casu

dico,

dico, quòd fideicommissarius totam hæredi hæreditatem restituere tenetur, antequam fideicommissarius super illius fideicommisso audiatur. Zuchard. in d. l. fi. num. 382. in fin.

427 Sed quo ad legatarium, † qui comparet, & titulum sui legati allegat, ad suspendendum hæredem in possessionem immitti, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur, dico, quòd si non possidet, nón erit legitimus contradictor: si verò possideat, est legitimus contradictor. Zuchard. in d. l. fin. num. 383. declarando hunc articulum eo modo, vt de fideicommissario dixi, cum legata fideicommissis penitùs adæquentur. l. 1. & ibi Scribentes. ff. de legat. 1. ergo idem ius debet esse. l. illud. ff. ad legem Aquil. l. quædam. §. nummularios. ff. de edend. cum similib. quare de legatario concludo in omnibus & per omnia, prout de fideicommissario dixi.

428 Et quo ad substitutum, tu dic, vt per Ias. post Alex. in l. 1. C. de edict. diui Hadr. tol. & per Zuchar. in d. l. fi. nu. 335. vers. istam ampliationem.

429 Si autem quæris, † an filius dicatur legitimus contradictor, qui non tantum titulum suæ legitimæ docet: sed etiam possessionem post testatoris morté quęsitam? & dic regulariter, quòd non, cum non fuerit in sua facultate illam eligendi partem, in qua suam legitimam consequi velit. illa autem bona de æquitate hæreditaria filio pro sua legitima à iudice consignanda sunt, cuius arbitrio hæc consignandi facultas datur, ná filius pro sua legitima non de bonis hæreditarijs melioribus, vel de deterioribus, sed de mediocribus tantum habere potest. Ias. post Alex. in l. Marcellus. §. resque. nu. 16. ff. ad Trebel. Ripa in l. in quartam. num. 111. & seq. ff. ad leg. Falcid.

Et quamuis filius rem alienat hæreditariam, res alienata in eius legitimam imputatur regulariter, secú dùm crebriorem Doct. opinionem. vt per dominum meum Socin. iun. consi. 136. num. 14. libro 1. præsertimque si alienatio viuente filio facta sit. Ripa in d. l. in

quar-

quartam,num.96.& seq.& nume.120. tamen si iudex alienationem non approbat, constatque illam sibi maliti osè & fraudulenter factam fuisse, dico in hoc casu, rem alienatam in suam legitimam non computari: ex quo non in sua fuit facultate bona eligendi, in quibus suam legitimam consequi vellet. Dec.cons.236. nu.10. Ripa in d.l.in quartam.num.98.nec dicta alienatio prę iudicium quoque fideicommissario attulit. dominus meus Socin.iun.consi.181.num.91.& seq.lib.2.& quando alienatio malitiosè & fraudulenter facta dicatur, declara vt per Dec.& Rip.vt suprà. ergo ratione semper incertitudinis pro sua legitima rem aliquam hæreditariam regulariter propria apprehendere auctoritate non potest. Bart. in l. 2. C. quand. & quibus quarta pars deb.lib.10.Ripa in d.l.in quartam,nume.113.Alex. consi.134.lib.4.Curt.sen.consi.vltim.col.4. vers.vel respondemus.Dec.consi.236.num.9.Paris.consi.54.num. 34.libr.3. & si possessionem dictorum bonorum propria auctoritate acceperit,illa possessio erit vitiosa,& eidem non prodest.Zuchar.in l.fin.nu.384. C. de edict. diui Hadr.tol. & Doct.communiter ad id propositum præallegati,vt suprà.

Appellatio an permissa in hoc remedio & alijs possessorijs.

Quam conclusionem limita non procedere, si illā prætoris auctoritate adeptus sit, quoniam legitimus tunc contradictor erit,donec declaratum fuerit, quantum sibi pro legitima, & in quibus bonis debeatur. Castren.consi.215.num.5.libro 2.in nouis. Paris. consi. 81.num.14.in fin.& sequen.& num.21.libr.2. Zuchard. in d.l.fin.num.375. & maximè cum in iudicis facultate fuerit,filio rem pro sua legitima consignare, vt suprà dixi. 439

Et quamuis appellatio à iudicis declaratione in hac consignatione permittatur, quando ipse illam non de mediocribus rebus hæreditarijs consignat. Ripa in d.l.in quartam.numer.122.& 125.non tamen propter id eff-

efficitur, quin iste filius legitimus dicatur contradictor, ad impediendum hæredem in possessionem immitti, donec secum summariè discutiatur, quis illorum potiora & meliora iura habeat, quando aliquam rem auctore prætore pro sua legitima possidet, cum præsumptio bona pro prætore accipiatur, donec contrarium probetur, gloss. in c. presentium, septima quęstion.

431 Vel & quoque filius dicitur legitimus contradictor, cùm in re certa pro illius legitima à testatore institutus sit: & ratio est, quia in hoc casu filius rem hæreditariam certam propria auctoritate accipere poterit. Ias. in l. non dubium, num. 4. versic. tertiò nota. C. de legat. Dec. in d. l. fin. num. 24. versi. imò, & ibi etiam Zuchard. num. 153. Ripa in l. 1. num. 16. ff. quor. legat. & in d. l. in quartam, num. 116. dominus Rinaldi. iun. in prin. Instit. de don. num. 555. Rube. consi. 53. num. 5. Durant. in tract. de art. testa. tit. 6. caut. 12. numer. 2. & eius possessio non est vitiosa, meritò si hoc in casu ille sit contradictor legitimus, & in omnibus quoque alijs casibus, & dic, prout de fideicommissario tetigi, vt etiam dicit Zuchard. in l. fin. num. 384. C. de edicto diui Hadr. tollend.

432 Si autem contradictor ante † dictam licentiam vel iussum de titulo doceret inter viuos à testatore, vel ab hærede habito, & de possessione post mortem à teipso. (nam si possessio viuente testatore fuisset apprehensa, res erit clara, cum heres non sua probaret requisita prout de iure requiritur, iuxta d. l. fin. & vt aliàs dixi.) tamen in prædicto quoque casu proposito possidens contradictor est legitimus, immò etiam obtinebit, quia hæres de euictione tenetur, & actio quem de euictione tenet, eundem agentem repellit exceptio, l. vendicantem, ff. de euictio. Alexand. consi. 3. num. 1. libro 3. Curt. Sen. consi. 63. num. 19. versic. quo casu. præsertimque si possessio tempore quo illam apprehendit, erat vacans. Bald. in d. l. fin. num. 42. versic. tertio casu opponendo. & ibi etiam Salic. nu. 19. vers. tertio ca-

su. Affict. decis. 119. sub num. 6. D. meus Cæphal. consi. 4. num. 35.

Sed & quoque hanc conclusionem puto procedere, si possessio apprehensionis tempore plena fuisset, & non vacans, dummodò tituli verba ita sint concepta, ex quibus deprehendatur, licentiam propria capiendi auctoritate eidem fuisse à defuncto, vel ab hærede datam, prout erit per illa verba in instrumento apposita, videlicet. dedit, vendidit, & tradidit. Alex. in l. prædia. num. 8. ff. de acquir. possess. Lanfran. in c. quoniam contra, in verbo, testium deposit. num. 164. de prob. Soc. consi. 55. num. 3. lib. 4. Crauet. consi. 245. num. 13. Roian. consi. 51. num. 31. lib. 2.

Et hæc quoque licentia, in possessionem propria auctoritate ingrediendi, eidem conceditur per pactū constituti & executiuum à notariis in instrumentis apponi consuetum, quæ pacta pro apposito semper habentur. Felin. in c. ex literis, num. 12. de fide instrumē. & in c. cum M. num. 7. de constit. Lanfranc. in d. c. quoniam contra. in verbo, testium deposit. num. 165. versi. & ideo. Ripa in l. centurio. num. 82. ff. de vulgar. & pupil. substit. Socin. consi. 131. num. 16. & consi. 55. num. 11. lib. 4. Dec. consil. 419. num. 24. in fin. & sequent. Paris. cons. 172. num. 2. lib. 4. Dominus meus Socin. iun. consi. 41. num. 27. libro tertio. Maranta in tract. de ord. iudic. in quarta part. distinct. 20. num. 11. versic. quod tamen. Tyraquel. in tract. de iure constit. in lim. 31. num. 5. & sequen. non obstante, quòd Ias. in l. vt liberis. num. 14. C. de collat. dicat, multoties vidisse in facto dubitare, & Cagn. in l. si librarius. num. 50. in fin. ff. de reg. iur. communem affirmat esse in contrarium, cum ex dictis auctoritatibus pręallegatis liquidò cōstet, veritatem totum in contrarium esse, & si Cagnol. auctoritates per eū allegatas in fonte benè prospexisset, proculdubiò cognouisset, se errasse, asserendo cōmunem esse in contrarium, imò magis communis Dd. opinio est, quod pactum executiuum & constituti per notarium in instrumento semper apponi debet, tanquā solitum & consuetum,

suetum, etiam si à contrahentibus non expressè dictū fuerit, vt suprà perspicuè per auctoritates allegatas ostendi.

434 Quæ pacta contra singularem successorem exerceri possunt, illo absente & non citato, nullaque etiam liquidatione facta. Alexan. consi. 85. num. 2. lib. 6. & consil. 85. num. 5. libro 3. Socin. consi. 82. numer. 8. lib. tertio. Gozadin. consi. 42. num. 11. & sequent. & consi. 95. num. 8. Afflict. decis. 139. numer. 5. Tyraquel. in tract. de iure constit. in prima part. num. 43. ex quibus infero, quòd si contradictor possessionem accepisset, tempore quo etiam ab alio erat præoccupata. possessio illius non erit vitiosa, cum ita permissum sibi à iure & à parte fuerit, illam propria auctoritate capiendi, & cum non sit vitiosa, meritò si ille contradictor sit legitimus, non tantum ad suspendendum hæredem in possessionem immitti, donec secum summariè de iuribus suis discutiatur, verùm etiam ad victoriam contra hæredem in hoc iudicio reportandum, secundùm opinionem Azonis à gloss. relatam in l. fin. in verbo, Legitimo, C. de edicto diui Hadr. tollend. secutam ibi à Bart. numer. 21. versic. secundo casu. ab Alexandro num. 23. à Decio nume. 41. vers. nisi dicamus à Curtio iun. num. 72. & à Zuchardo num. 343. versic. istam ampliationem. & nume. 343. versic. in casibus. & num. 356. hancque opinionem secutus fuit Aretin. in §. quadrupli. nu. 30. Instit. de act. Guido Papæ quæst. 132. nu. 7. D. meus Soc. iun. consi. 77. num. 160. & seq. lib. 1.

435 Si contradictor verò ante iussum compareret, titulumque ab alio viuente testatore allegaret, possessionem autem à seipso post testatoris mortem probaret, & non dominium sui auctoris, proculdubio ille succumberet. Bart. in d. l. fin. num. 21. vers. aut allegat. & etiam Salic. ibi num. 19. vers. nec etiam obstat. Alexand. num. 23. Ias. num. 23. in fin. Dec. num. 42. versic. circa primam. nam quamuis contradictor in vita testatoris præ defuncti titulū ab alio habuerit, propter hoc non sequitur, auctorem illius licentiam eidem dare potuisse bo-

norum

norum possessionem dicti testatoris apprehendendi. Crauet.consi.124.num.12.& si illam acceperit, meritò si possessio illius erit vitiosa.l.si ex stipulatione. ff.de acquiren.poss. Alexand.in d.l.fin.nu.23.circa medium, etiam si possessio tempore apprehensionis vacans fuerit. Bart. in l.fin. num. 10. C.vnde vi. ex quo possessio post hæreditatis aditionem fuit hæredis, & retrofingitur fuisse testatoris tempore suæ mortis.l.hęres quãdocunque.ff.de acq.hæred.

Et quamuis Bartol.in l.fin.num.10. C.vnde vi.dicat ad hanc fictionem attendi non debere:tamen ego reor quòd illa opinio sua in suo casu procedat, propter illam legem quæ est pœnalis : secùs verò est in casu nostro fauorabili,vt aliàs dixi, & ideo dicta fictio ad alium casum ob rationis identitatem extenditur. Dec.in l.qui se patris.nu.26.C.vnde lib.Ripa in l.si constante. num.79.& 86.ff.solut.matr.Zuch.l.fin.num.348.propè fin.C.de edict.diui Hadr.tol.cum ergo ita sit,constat apertissimè possessionem huius contradictoris esse vitiosam,meritò si eidem non prosit & succumbat,secũdùm opin.Iac.Butrig.in l.fin. C.de edict. D.Hadr.toll. secutam ibi ab Alex.num.23. circa medium. à Dec. nu. 48.vers.potest responderi.& à Zuchard.nu.348.& seq. hancq́ue opinionem secutus fuit etiam Decius consi. 83.colum.2.vers.similiter.& consi.424. num. 18. Parisi. consi.54.num.110.lib.3.D.meus Socin.iun.consi.75.nume.18.lib.1. & dic quoque, prout de fideicommissario vitiosè possidente dixi.

Et per hanc rationem euacuatur illud, quod à Petro & à Cyno dicebatur, de paritate tituli & possessionis,nam cum huius contradictoris possessio sit vitiosa,eidem non prodest.Zuchard.in l.fin.num.349.in fin. C.de edict.D.Hadr.tollend.& solus titulus illum contradictorem legitimum non facit, neque in causa interesse habere: quoniam ex solo titulo non suum probat interesse. Alex.in l.fin.num.23.in fin.Ias.num.27.& Dec.nu.40.C.de edict.diui Hadr.tol. meritò si iste contradictor in hoc iudicio executiuo summarioq́ue succumbat, 436

cumbat, & hæres sua requisita probando, in possessionem bonorum defuncti penes testatorem tempore mortis suæ repertorum, immittatur. Salic. in l. fin. nume. 19. vers. nam quando. & Zuch. num. 351. C. de edicto D. Hadr. tol. Alex. consi. 4. num. 13. & 16. in fin. lib. 1. quasi hæreditas in hæredis persona fuerit spoliata, quæ eidem est restituenda, licèt hæreditas propriè non possideatur. l. 1. §. scæuola. ff. si quis test. liber esse iuss. fuerit. Afflict. decis. 119. nu. 6. & seq. Dec. consi. 588. num. 12. Rolan. consi. 1. num. 76. lib. 1.

437 Si autem contradictor possessionem ac titulum illius, ab alio post testatoris mortem habitum, & dominium sui auctoris incontinenti probat, profectò hæredem impedit in possessionem immitti, victoriamq; obtinet, quia dominium contradictoris, quàm ipsius hæredis in publiciana potentius est. l. si ea res. §. fin. ff. de act. empt. Bart. in l. fin. num. 21. vers. sed si probaret. & etiam Bald. ibi, nu. 42. vers. 6. opponendo. Alex. num. 23. vers. sed in hoc. Ias. num. 23. vers. quare dicitur. Dec. num. 43. in fin. & Zuchard. num. 352. C. de edict. diui Hadria. toll. sed secùs est, si de quasi dominio auctoris sui probat, quia dico, quòd in hoc casu iste contradictor non obtinet, quia text. in d. l. fin. in fin. præscriptioné benè completam considerauit. Angel. in dicta l. fin. colum. penultim. circa medium. & ibi etiam Decius nume. 43. in fin. nisi contradictor possessionem tempore mortis testatoris se etiam habuisse probaret. nam non ratione quasi dominij tunc hæres excluditur, sed quia hæres non probauit suà requisita, videlicet bona tempore testatoris ab illo fuisse possessa, prout de iure requiritur, iuxta d. l. fin. & ibi etiam Bart. num. 21. versic. si verò probat. etiam si possessio contradictoris sit vitiosa, quia non curatur de iure possessoris, si de iure actoris non constat, & ideò hoc erit non respectu contradictionis, sed quia hæres fundamentum suæ intentionis non probat. Decius in dicta l. final. numer. 40. in fine. & ibi etiam Zuchard. numer. 328. in fin. & numer. 345.

Sed

Sed si contradictor non probaret, se tempore mortis testatoris possedisse, & hæres sua probaret requisita, tunc censeo, quòd ratione possessionis testatoris ille hæres præfertur huic contradictori, & victoriam in hoc iudicio summario & executiuo obtinet. l. si autem. §. si duobus, ff. de public. cum hæc noua contradictoris possessio post testatoris mortem acquisita, eidē tanquam vitiosa non prodest. Zuchar. in d. l. fin. nu. 354. & vt aliàs dixi.

Et ad illud quòd dixi suprà, videlicet quòd contradictor, qui possessionem post testatoris mortem acquisiuisse, & titulum ab alio habuisse, & incontinenti auctorem suum fuisse dominum probat, obtinet, dico etiam illam conclusionem esse veram, si non incontinenti offerat se probaturum, dummodò de facto sit admissus, & præmissa omnia probaret, quia tunc causa dominij notoria erit, meritò si causam possessoriam absorbeat. Zuchard. in d. l. fin. num. 353. Paris. consi. 53. num. 107. & sequen. lib. 3. Crau. cons. 302. colum. penult. in princ. 438

Et quamuis nonnulli limitant, non procedere hāc conclusionem, quando quoque tacitè cōtradictum fuit, Zuchar. in d. l. fin. num. 354. Alex. consi. 158. in fin. lib. 2. Gram. decis. 89. num. 3. tamen ego opinioni istorum non annuo, nam si iudex (non obstante hæredis replicatione) contradictorem sine conditione ad probandum de dominio rei admittit, & ab illa admissione hæres non appellat, tacitè consentire videtur, vt contradictor dominium rei sui auctoris esse probet: meritò si hæres hoc in casu (facta hac probatione per contradictorem) succumbat. Decius in l. edita, num. 84. C. de edict. Crau. consi. 299. colum. 3. & seq. & vt aliàs suprà plenius tetigi.

Sed si contradictor post iussum, sed ante immissionem compareret, & hoc in casu distinguo, & dico: aut contradictor citatus fuit vel non: si citatus fuit, & à iudice suis iuribus auditis, & cum causæ cognitione sententiam contra se reportauit & succubuit, amplius 439

in hoc iudicio executiuo non auditur. Bart. in d.l.fin. col.fin.verf.quandoque tempore.& vt aliàs dixi.

Sed si citatus contumax fuit, auditur expensis prius hæredi resarcitis.l.sancimus.C.de iudi.auth.at qui iurat.C.de bon.auct.iud.poss.

440 Si autem post iussum, sed ante immissionem contradictor citatus sit, distinguo & dico; aut citatus fuit simpliciter, vel si ius comparendi & interesse habeat, si simpliciter, & tunc dico, quòd de iuribus suis secum summariè discuti debet, antequam hæres effectualiter in possessionem immittatur. Zuchard.post Scribentes communiter in l.fin.num.358.C.de edict.D.Hadr.toll. sed secùs erit, si conditionaliter citatus fuerit, tunc enim suum interesse saltem apparens probare debet. Abb.in c.veniens.el secundo.num.9. & ibi etiam Feli. num.13.de testib. & ratio est, quia per hanc citationem non habilitatus neque approbatus censetur, vt aliàs plenè in principio huius ferè tractatus tetigi, vbi citationis materiam plenè declaraui, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam.

Si autem non citatus fuerit, & post iussum, sed ante immissionem compareret, & incontinenti de suo interesse saltem apparenti fidem faceret, dico quòd ille auditur, Abb.in c.veniens, el 2.num.1. versic.not.quod etiam.de testi.Deci.in l.fin.num.45. versic. in secunda. & ibi etiam Zuchard.num. 365. C. de edict. diui Hadr. tollend.

441 Quæ conclusio etiam ampliatur, si contradictor citatus fuisset, & hæres immissionis sententiam obtinuisset, si post iussum, sed ante immissionem alius tertius qui in hæreditate ius habeat, citatus non fuisset, in iudicio tamen compareret, suumque interesse incontinenti saltem apparens probaret, audiretur, si bona hæreditaria sint vacantia, nam ille tertius possessionem magis facilè consequeretur vacantem, quam quòd per alium repleatur, & ideo sua interest, ne possessio vacans huic hæredi tradatur, & hæres in possessionem immittatur, antequam de iuribus suis discutiatur, meritò

ritò si iste tertius audiatur. Felin. in d.c. veniens, el secundo. num. 9. de testi. Castrens. consi. 170. num. 9. lib. 1. in nouis. secùs verò erit, si hæreditas à primo contradictore citato præoccupata fuisset, quoniam tunc iste tertius non audiretur, ad impediendum hanc immissionem rei non vacantis fieri, ab alio autem occupari: nam eo modo, quo possessionem à dicto primo contradictore auocare potuisset, eandem rem ab isto hærede auocare poterit, & ideo sua non interest, hæredem scriptum in possessionem immitti, meritò si iste tertius in hoc casu non audiatur. Felin. & Castrens. vt supr. Pract. Papiens. in form. execut. sent. diffinit. in glo. sapiens. num. 16. Vant. in tract. de nullit. in tit. quis possit dic. de nullit. num. 23. in fin.

Et si tertius diceret, quòd aduersarium magis duriorem haberet, dico quod tunc sibi per cautionem hæredis prouidetur, iuxtà l. is à quo. ff. de rei vend. Fel. in d.c. veniens. el 2. sub nu. 9. vers. sed aduerte. Pract. Pap. in loco allegato vt suprà nu. 16.

Sed in casibus, in quibus legitimus contradictor admittitur, an iura tam hæredis, quàm legitimi cõtradictoris summariè, vel ordinariè discutiãtur, & quis illorum victoriam reportabit? distingue & declara. vt aliàs suprà plenè posui, ad quem locum me remitto, ne sim longior.

Si quis autem post iussum & immissionem comppareret, & non de directo veniret ad contradicendum immissioni hæredis iam per iudicem factæ, sed ad petendum principaliter tantum, se in bonorum possessionem per testatorem defunctum tempore suæ mortis penes eum detentatorum immitti, producendo vltimum testatoris testamentum, non abolitum, neq; cãcellatum: & tunc dico, quod iste hæres primus ita immissus auditur, suam legitimam contradictionem allegando, eo modo, vt aliàs tetigi, & quis horum duorum victoriam reportabit, distingue & declara, vt aliàs suprà plenè dixi. 441

Si autem post immissionem quoque contradictor

in iudicium veniret, allegaretque probando se possedisse, neque citatum fuisse, instaretque dictam immissionem nulliter esse, neque in sui preiudicium fieri potuisse, & peteret, se ante omnia reintegrari: & tunc sicuti dicta immissio de facto fuit facta, contrario quoq; imperio est reuocanda, cum status suæ possessionis nõ sibi (eo ignorante & non citato) mutari potuit, l. meminerint. C. vnde vi. & ideo hoc in casu Bart. in d. l. final. colum. fin. versi. si verò venit, C. de edicto diui Hadria. tollend. vult, quòd statim dicta immissio pronuntiatur nulla, taliter quòd Bart. ibi presupponere videtur, iussum replicare non posse, illam fuisse aliquam, & quatenus nulla appareat, (quod non credit) petere illam de nouo sibi dari, & datam confirmari, cum notoriissimè de iuribus suis constet. Sed quomodo præsens articulus intelligatur, tu pro mera huius articuli veritate distingue & declara, eo modo, vt fusius & plenè declaraui.

443 Et aduerte, quòd text. in d. l. fin. C. de edict. D. Had. tollen. dicit, quòd cum hæres in possessionem mittatur, illã cum publicatione publicarũ personarum accipiat, ex quibus verbis not. per Bart. ibi, in fi. quòd ille, qui ex iudicis licentia possidet, immissionem per publicum instrumentum probare debet, quia per testes fieri non sufficit.

Salic. autem ibi num. 4. in fin. dicit sufficere, quòd nuntius ex commissione sibi à iudice facta apud acta referat, se hæredem in possessionem induxisse, & vterque modus erit practicabilis & bonus, quam eius doctrinam secutus fuit ibi Angel. sub num. 1. vers. in textu ibi cum testificatione. etiam Alexan. ibi. num. 26. Ias. num. 4. vers. quartò requiritur. vbi Ias. allegat Salic. & Ange. vt suprà. ergo secundùm illorum doctrinam intelligi debet, iuxtà doctrinam Bart. in l. non solum. §. liberationis. ff. de liber. legat. hancque secutus fuit opinionem Dec. in d. l. fin. num. 18. versic. vel secundò. opiniones quorum ibi à Zuchardo reprehenduntur, num. 124. vers. & eam cum testificatione publicarum personarum

narum. nam Zachardus ibi dicit, quòd text. allegatus non dicit, quod mittatur cum testificatione publicarũ personarum, cum iam ibi Imperator superius dixerat, mittatur: deinde autem dicit, quòd illam cum testificatione publicarum personarum accipiat: quæ verba nõ ad illam immissionem referuntur, sed ad acceptationẽ possessionis tantum, ergo, &c.

Sed mihi parcat iste tantus vir, qui malè & perperam (meo quidem iudicio) loquitur, & contra communem verioremque Doct. opinionem, nam velim vt ipse mihi dicat, quid voluerit dicere Imperator ibi, quando dixit, quòd mittatur in possessionem earum rerum quæ testatoris mortis tempore fuerunt, profectò nihil aliud, nisi quòd hæres cum effectu in possessionem immittatur, taliter quod possessionem omninò corporalem accipiat, cum etenim verba legis cum effectu semper sunt intelligenda. ad not. in l. 1. § hæc autem. ff. quod quisque iur. & in l. 2. C. commun. de legat. Paris. cons. 5. num. 39. lib. 4. dominus meus Socin. iun. cons. 34. num. 10. lib. 1. & ideo non ab re Bart. allegatus, & cæteri Doct. in dictis locis allegati dicunt, hæredem teneri immissionem per publicum instrumentum probare, præsupponentes per nominationem immissionis sub intelligi possessionis acceptationem, & hoc modo sustinetur illa opinio Ias. in dicta l. fin. num. 4. versicu. quartò requiritur. & in l. cum proponas filios. sub nu. 5. C. de pact. non obstantibus impugnationibus Zuchardi præallegatis, quæ remouentur rationibus allegatis, & infrà dicendis.

Benè ego autem fateor, quod quando Dd. communiter allegati voluerunt, hanc possessionis acceptationem non posse probari, nisi per instrumentũ, vel per acta ex nuntij relatione, & non per testes, dico, quòd in hoc Dd. perperam loquũtur & hallucinati fuere, cum verba d. l. fi. ibi hoc non dicant, sed sunt intelligẽda eo modo, vt infra declarabo, secundùm sensum illorũ verum, illa verba d. l. fi. ibi videlicet, mittatur quidem in poss. earum rerũ, quę testatoris mortis tẽpore fuerunt

& eam cum testificatione publicarum personarum accipiat: intellectus igitur horum verborum est, quod hæres in possessionem mittatur bonorum, quæ penes testatorem defunctum tempore eius mortis esse reperiebantur, ità quòd hæres cum effectu possessionem illam apprehendat, cum verba cum effectu sint intelligenda.d.l.2.

444 Et quamuis hæres illam ingressionem tantum iudicis auctoritate facere possit, tamen si possessorem inuenerit resistentem, illa ingressio sibi de iure non permittitur, sed immò eidem prohibetur. Abb.in c.acceptam.num.6.in fin. de restit. spol. Bart. in l. iustè possidet.num.3.ff.de acquir. poss. qui communiter est receptus. vt per Ripam in c.sæpè.num.86.& seq. de restitu. spol.& vt aliàs plenè tetigi. nisi cum auctoritate iudicis & executoris præsentia in ipsam possessionem ingrediatur, & illam apprehendat. Bar.in l.meminerint. num.8.C.vnde vi. cum non singulis permittatur illud, quod iudici conceditur. l. non est singulis. & ibi Scribentes.ff.de regul. iur. hac tantum ratione Iustinianus Imperator ibi hæredem admonet, vt cum testificatione publicarum personarum possessionem capiat, id est cum iustitiæ executoribus, ad euitandum scandala, rumores, pœnasque legales, de quibus aliàs dixi. non tamen propter id sequitur, quin hæres possessionem iudicis auctoritate accipere possit, si possessorem non resistentem inueniet, nisi publicum fiat instrumentũ, cum scriptura instrumenti non de essentia acceptationis possessionis sit. benè ego autem fateor, quòd ad faciliorem tantum illius publicationem fieri potest, iuxta l.contrahitur.ff.de pignor.& huic quoq; opinioni annuit Dec.in l.fin.num.18.C.de edicto diui Hadr.tollend.& in l.pactum quod bona fide. nume.3. in fine.C. de pact.

445 Et veritas huius sensus perspicuè demonstratur. nã si esset verum, quòd si possessionis apprehensio nisi tãtum per instrumentũ, & non per testes probari possit, sequere-

sequeretur destructio illius communis opiniōis, quæ ita se habet in materia possessoria: & presertim in hac, in qua tractatur de momentanea possessione leuis pre-iudicij, ad illam probandam sufficere semiplenam tantùm probationem, vt Doct. in d. l. fina. & sparsim varijsque in locis ita affirmant esse. Deci. in l. Carbonianum. num. 2. C. de Carbon. edict. Cagnol. in l. pari. num. 8. ff. de regul. iur. Plot. in l. si quando. num. 114. C. vnde vi. Crauet. consil. 158. nume. 12. si semiplena probatio tantùm sufficiat, sequitur necessariò possessionis acceptationem etiam per testes probari posse, & cùm ita sit, resultat intellectus meus ad dicta verba d. l. fina. verus.

446 Præterea, si à sufficienti partium numeratione arguere velimus, quod argumentum in iure est validissimum, text. est & ibi Bart. in l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. §. actionum. Institu. de act. c. venerabilem. de elect. c. quoniam contra. de probat. facillimè inueniemus, in hac acceptatione possessionis scripturam nō fuisse necessariam. nam glo. quæ est magistralis in hac materia, in c. 1. §. postquam. in verbo, In scriptis. de cēs. in sexto. casus omnes enumerat, in quibus scriptura ad essentiam actús requiritur, & ita quoque facit Dec. in d. l. pactum quod bona fide. num. 2. & sequ. & tamen ibi non legitur, quòd hæres apprehendendo possessionem de substantia acceptationis possessionis instrumentum cōficere teneatur, quod equidē erit, si scriptura substantialis illius fuisset: sed quia satis est, quòd heres iudicem per testes certum reddat, se possessionem licentia iudicis apprehendisse, & in ea quoque insistere & esse, si de illius possessione in futurum dubitari contigerit.

Nec refert, qua probationis specie apprehentio 447 possessionis ipsaque possessio demonstratur. l. certum. ff. si certum peta. & cùm in iure cautum hoc non reperiatur, possessionis apprehensionem per instrumentū cōstare debere, immò totum contrarium per casuum dinumerationem reperitur esse, de quibus per gloss.

& Decium vt suprà. meritò ff possessionis apprehensio sine instrumento, per hæredem scriptum facta de iure valeat, dummodò per testes probetur, & in simili faciunt allegata per dominum Riminald. Iuniorem in §.1.num.18. & pluribus seq. Instit. de dona. & sicuti possessio apprehensionisque suæ possessionis probatio per testes in quolibet iudicio intentato de iure fieri permittitur: cur ergo, & qua ratione denegare velimus, hanc probationem per testes hoc in iudicio fieri non posse, cùm illa ratio, quæ in vno militat iudicio, sibi locum in alio quoque vendicet, ergo idem ius debet esse, l. à Titio. ff. de verb. oblig. l. illud. ff. ad legem Aquiliam. l. quædam. §. nummularios. ff. de eden. immò à fortiori, hæc probatio in hoc iudicio non tam præiudiciali est admittenda, quod argumentum à fortiori in iure est validum. auth. multò magis. C. de sacrosan. eccles. ergo opinio contraria est falsa, & mea opinio succedit vera.

118 Et profectò, si Iustinianus Imperator in d. l. final. dicere voluisset, quòd de apprehensionis possessionis essentia instrumentum notarij ad illius probationem necessarium fuisset, expressè ibi hoc sciuisset dicere, & dixisset. cùm igitur non ita dixit, ergo intelligere noluit. argum. l. vnicæ. §. sin autem deficientis. C. de caducis tollendis. c. inter corporalia. de iur. prælat. cum sim. & illa d. l. fina. & eam cum testificatione, ad præcedentia continuatiuè veniunt, per illam dictionem Et, quæ est continuatiua. Deci. in c. ex parte, sub nume. 11. de rescript. Plot. in l. si quando. num. 302. & sequen. C. vnde vi. Paris. consil. 36. nume. 22. libr. 1. ergo illa verba sunt interpretanda, vt suprà dixi, cùm ille sensus dictorum verborum (rationibus præallegatis) verus sit.

Nec quicquam dictæ cōclusioni obstat dicere, quòd illa verba, & eam cum testificatione: non fuerint ibi ab Imperatore consilio prolata, cùm hoc in iure non probatur, vt tradit *Zuchard.* in d. l. fin. num. 125. in fin. C. de edicto D. Hadr. toll.

Ego

Ego autē huic obiectioni respondeo, & dico, quòd immò in iure satis cautum reperitur, hæredem ob licentiam sibi à iudice datam, in possessionem per vim contra resistentem ingredi non debere, nisi mediantibus iustitiæ executoribus, vt suprà aliàs dixi, cùm vna lex aliam declaret, l. nam & posteriores. ff. de legi. hac ideo ratiōe Imperator hæredem ibi admonuit, vt cum testificatione publicarū personarum, id est, cum præsentia auctoritateque executorum iustitiæ ipsam possessionem apprehendat, vt euitet rumores pœnasque legales, in quas incideret, si per vim sine berruarijs possessionem apprehenderet, vt aliàs dixi, & ita fortè sentire voluit Ias. in d. l. fi. nu. 4. in fin. & quoque ibi Dec. num. 18. & in d. l. pactum quod bona fide. num. 3. in fin. quare ex his indubitantissimè concludo, scripturam de essentia apprehensionis possessionis non necessariam esse, sed sufficere illam per testes probari, iuribus, rationibus, auctoritatibusque præallegatis, & sic iste non huius tantùm conclusionis finis sit, sed etiam præsentis tractatus.

Finis Tractatus Adipiscendæ Possessionis Achillis Personalis.

TRACTA-

FREQVENS TRACTATVS INTERDICTI QVORVM BONORVM

D. ACHILLIS PERSONALIS I. C. MIRANDVLANI.

450 CVM iam satis plenè demonstrauerim materiam adipiscendæ possessionis à iure ciuili proueniẽtis, & quomodo in iudicio deducatur & practicetur, nunc modò superest, vt tractem materiam Interdicti quorũ bonorũ, quæ in multis à præcedenti tractatu differt, vt ibi iam dixi, in multis tamẽ cum hæreditatis petitione conuenit : quamuis etiam in pluribus casibus differat, & in quibus differat, vide Bart. in l.1.num.4.in fin. ff. quorum bono. Salice. in l.1. num.10. C. eod. titu. Aretin. in §. quadrupli. num.36. Instit. de act. Ripa in l. interdicto. num.7. ff. quorum bon. Marant, in tracta. de ord. iudi. in 4. part. distinct.7. num. 7. & sequ. & tu hæredis procurator benè ad ista omnia aduertas, vt scias, quale remedium pro hærede sit proponendum.

451 Aduertasque, quod semper melius est intentare interdictum quorum bonorum, quàm hæreditatis petitionem, cùm id sit pinguius remedium. Gozad. consil. 50. num.5. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. par. distin.7. num.9. & est etiam generalior remedio. l. fin. C. de edicto D. Hadria. toll. cùm id remedium interdicti quorum bonorum tam hæredi ab intestato, quàm ex testa-

mento

mento ſuccedenti competat. Dominus meus Soc. Iun. conſ.75.nu.11.lib.1.& vt infrà dicam,nu.167.

Et interdictum dicitur quaſi inter duos dictum, vt not.Inſt.de interd.in princ.& in l.1.in prin.ff.de interdict.Sali.in rub.C.de interd.in fi.Aret.in §.quadrupli. nu.25.prope fi.Inſt.de act. 452

Et ſpecies interdictorum eſt triplex:nam aliud eſt adipiſcendæ,aliud recuperandæ, aliud retinendæ. Salic.in rub.C.quor.bon.num.1. Alex.in l. naturaliter.§. nihil commune.nu.2.ff.de acq.poſſ. Marant.in tract.de ord.iud.in 4.par.diſt.7.nu.2. 453

Et duo ſunt remedia adipiſcendæ poſſeſſionis principalia, vnum à iure ciuili introductum, quod eſt remedium l.fin.C.de edicto D.Hadria.toll. alterum autem de iure prætorio, quod eſt interdictum quorum bonorum.glo.eſt in verbo,Poſſeſſori.§.ſumma.Inſt.de interd.Alex.in §.quadrupli.num.25. Inſtit.de act. & id vltimum dicitur directum, illud autem, quod à iure ciuili prouenit,vtile. Aret.in §.ſeques.nu.1.Inſt.de interd.& in d.§.quadrupli.nu.35. Ripa in l.1.nu.1.in fi.ff. quorum bon.D.meus Soc. Iun.conſ.75.num.4.lib.1.Marant.in tract.de ord.iud.in 4.par.diſt.7.num.7. & ibi etiam Marant.ſubdit, quod directum ei datur, qui ad vniuerſam agit hæreditatem, & ad huiuſmodi tantùm effectum fuit inductum.l.1.§.fina.ff.quorum bon.vtile autem ei competit, qui ad vnam rem particularem agit.Marant.vt ſuprà.Soc.conſ.33.num.19.libr.1.Rolan. conſ.75.nu.4.& ſeq.& conſ.94.nu.1.& ſeq. lib.2. à qua opinione ego valdè diſſentio, quia dico, quòd non tantùm directum, ſed & quoque vtile pro rebus ſingularibus hæreditarijs hæredi competit. Ripa in l.hoc interdictum.nu.15.vſque ad fin.d.l.fin.ff.quor.bon.& vt infrà ex dicēdis liquidò patebit, vbi diſputabo, an hoc interdictum pro rebus ſingularibus hæredi competat, nu.180.fol.255. 454

Et interdictum quoque adipiſcendæ, vltra remedium quorum bonorum, in interdicto quorum legatorum exemplificari poteſt, & hæredi competit, ad 455

auocan-

auocandam legati possessionem, à legatario propria auctoritate acceptam, & quamuis ante aditam hæreditatem legatarius accipiens propria auctoritate legatum, à suo iure non cadat. l. non dubium. C. de legat. tamen illud legatum hæredi restituere tenetur, ex cuius manu legatum accipere debet, & præsertim si hæres Falcidiam detrahere vult. Marant. in d. tract. in 4. part. dist. 7. nu. 10.

Doct. autem temperant hanc conclusionem, & dicunt illam esse veram, si quarta sit incerta: secùs verò si certa sit: nam tunc non totum legatum restituere tenetur, sed illam tantùm partem certam. Zuchard. in l. fi. nu. 380. vers. limitatur, & nu. 382. in fin. C. de edict. D. Hadr. tol. at ego reor id esse verũ, si hæres tantùm prætendit velle Falcidiam detrahere: secùs verò erit, si hæres prætenderet, velle legatum impugnare, tunc enimuerò legatum legatarius integrum restituere tenetur. Rip. in l. 1. nu. 25. ff. quorum legat.

Et vt hæredi hoc interdictum contra legatarium competat, necesse est, quòd reus titulo pro legato possideat. l. 1. §. quia autem. ff. quor. legat. & vt scias in hoc interdicto contra legatarium libellum conficere, vide remissiuè Marant. in d. tract. dist. 7. nu. 10. in fi. & exemplificari potest hoc interdictum adipiscendę in tribus alijs casibus, de quibus per Marant. in loco allegato vt suprà, nu. 11. & seq.

456 Verùm quia intentio † mea est, hic pertractare interdictum quorum bonorum principaliter, ideo has alias materias prætermittam, & imprimis quæro, an in hoc interdicto quorum bonorum de iudicij substãtia requiratur libellus, litisque contestatio, & puto quòd sic. Bart. in l. fin. num. 15. & ibi etiam Ias. num. 28. vers. primo. C. de edicto Diui Hadria. toll. Aret. in §. quadrupli. nu. 38. ver. aduertas tamen. Inst. de act. Alex. in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 95. & ibi etiam Ias. nu. 165. & Ripa num. 182. ff. de acquir. poss. & idem Ripa in rub. ff. quorum bono. num. 2. vers. sexta. Rolan. consil. 75. nu. 32. lib. 2. & hæc est crebrior Doct. opinio, vt per

Rolan

Rolan.conf.94.nu.3.& seq.& num.21.lib.2.

Et si vis scire, quomodo in hoc interdicto libellus 457
concipiatur. vide Specu.in titu.de testa.§.nunc dicendum.in prin.Aret.in §.quadrupli, num.27. Insti.de act. Pract.Pap.in form.libell.quo pet.hæred. ex testa. vbi expressè dicti libelli formam ponit.Maran.in tract.de ord.iud. in 4.par.dist.7.nu.4.Rip.in l.interdicto.nu.11. ff.quorum bon.Soc.conf.33.nu.19.lib.1.Rol.conf.75.nu. 3.lib.2. & iste modus hunc proponēdi libellum ab hæreditatis petitione differt:nam in petitione hæreditatis actor se hæredem pronunciari petit, vt in l.licet.ff. de petit.hæred.Alex.in §.actionum autem.num.104.& & ibi etiam Ias.nu.237.Inst.de act.Roland.conf.48.nu. 6.lib.1.actor autem in hoc interdicto petit se possessorem constitui, vel possessionem sibi tradi, in illamque immitti. Bar.in l.1.nu.8.& seq.C.quo.bo.Are.in §.quadrupli.nu.27.Inst.de act. Roland.conf.75.nu.5.lib.2.& alij Doct.præallegati, vt suprà.

Et id interdictum quorum bonorum simul cum petitorio regulariter cumulari potest, c. pastoralis. de caus.poss.&proprie.Doct.in l.incerti.C.de interdict. Bart.in l.naturaliter.§.nihil commune.nu.16. & ibi etiam Ripa num.142.ff.de acqui.possess. Soc.in tract.fallentiarum in regula 188.vbi dicit hanc esse communem Doct.opinionem. 458

Et si quis diceret,quòd qui agit interdicto quorum bonorum,dicit se nunquàm possedisse.§.pro possessore.vers.si itaque. Insti.de interd.si nunquàm possedit, ergo non est dominus. l. traditionibus.C.de pact.si nō est dominus, ergo nec petitorium simul cum hoc interdicto adipiscendæ intentare potest, & ob contrarietatem cumulatio non admittitur. Bald.in l.incerti. nu.8.C.de interd.

Ego huic autem obiectioni respōdeo.& dico, quòd 459
immò hæc duo remedia simul cumulari possunt, non obstante contrario allegato : nam possessorium adipiscendæ non competit, nisi ex causa successionis ; ex qua dominium sine traditione transfertur, l. cum hære-

hæredes.ff.de acquir.possess. & hæc conclusio locum habet, si vniuersalis successio sit: secùs verò, si particularis est, cùm quorum bonorum singulari successori non competat, l.1.ff. quorum bon. quæ conclusio sanè est intelligenda, & procedit alio hærede vniuersali dato: secùs verò, si nullus hæres vniuersalis constitueretur, vel dato hærede vniuersali, & hæreditatem repudiante: quia tunc singularis in locum illius surrogatur, & pro hærede vniuersali habetur. Alexan.in l. quoties.colum.3.in princ.C.de hæred.instit. Areti.in d.§.quadrupli.num.28.in fin. Ripa in l.1.num.16. & 18. ff.quor.bono. meritò si eidem quoque hæc cumulatio permittatur.

Sed regulariter singulari successori non competit, prout filio, qui in sua legitima institutus sit. Bald. in l. incerti.nu.12.C.de interdic. Ias.in §.actionum autem.nu.227. Insti.de act.quamuis Ripa in d.l.1.num.17. teneat in contrarium, cùm ipse (meo quidem iudicio) malè loquatur, & contra communem Doct.opinioné, vt satis perspicuè in præcedéti tractatu dixi, ad quem locum me reijcio.

Sed quicquid sit, satis mihi est, quòd dominium in hæredem vniuersalem sine traditione transfertur.d.l. cùm hæredes. meritò si petitorium cum interdicto quorum bonorum cumulari possit, nisi ratio repugnatiæ insurgat. Bald.in l.incerti.num.12. & ibi etiam Salic.num.5.& Angel.num.2.C.de interdict.& alij Doct. communiter præallegati vt suprà: quam conclusionem limita, vt per Socinum in tracta. fallent. sub regul.188.& per Ripam in d.§.nihil commune.num.142. & sequen.

460 Et si petitorium possessoriumque simul intentantur, regulariter possessionis quæstio prius terminari debet, l.incerti iuris.vbi Ang.C.de interd.Dec.consil. 467.nu.1.& cons.588.nu.8.D.meus Soc.Iun.cons.75.nu. 1.& seq.lib.1.

Sed Ias.in d.§.nihil commune, nu.180. & ibi etiam Ripa nu.191.affirmant debere determinari prius illud, de

de quo primo constat, & in hoc inter ius ciuile & canonicum differentia non reperitur, vt ibi per eos. quã conclusionem ego arbitror nõ esse veram, quando petitorium & possessorium simul ratione conuentionis & reconuentionis proponuntur, & tractãtur. nã tunc ambo sub eadem sententia terminantur. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 192. D. Berous quęst. suis famil. quęst. 23. num. 11.

Quæ conclusio non vendicat sibi locum in omnibus casibus, in quibus possessorio absq; libello litisq; contestatione proceditur, vtputà quando duo prętendunt possidere & in possessione esse: tunc prius est discutiendum de illa possessione asinaria, quàm de proprietate ad constituendum actorem & reum. & in his terminis locutus est Dec. cõs. 467. nu. 1. & D. meus Soc. Iun. d. cons. 75. nu. 1. & seq. idem videtur sentire Rip. in d. §. nihil commune. nu. 193.

Et prima quoque regula limitatur non procedere, quando forma rescripti delegationis vtrunq; dicit iudicium posse sub vna & eadem sententia terminari, & dico, quod tunc possessorium & petitorium simul est terminãdum. Alex. in d. §. nihil commune. nu. 98. & ibi etiam Rip. nu. 193. Berous quæst. suis famil. q. 23. nu. 8. & seq.

Quam conclusionem sublimita non esse veram, si partes consentiant, vt possessionis causa prius tractetur & decidatur: nam tunc iudex delegatus prius possessorium, quàm petitorium decidere poterit, & ratio est: quia rescriptum delegatorium in fauorem litigantium à Principe fuit factum, meritò si illi renunciare potuerunt, l. si quis in conscribendo. & ibi Doct. C. de pact. & cùm illi renunciarunt, meritò si iudex delegatus possessorium prius, quàm petitorium decidere possit. Ripa in d. §. nihil commune. nu. 173. & etiam quando reus nihil opponit. secùs verò erit, si partes nõ consentirent, & reus etiam simpliciter contra libellum opponeret, quamuis exceptio formaliter nõ sit proposita, tamen puto iudicem delegatum non posse prius

diffinire possessorium, quàm petitorium. Rip. in d.§. nihil commune. nu.173. in fin.

Et in omnibus casibus, in quibus possessorium & petitorium simul est diffiniendum, si tamen prius super vno quàm altero iudicatur, sententia mero iure valebit, cùm peruersio ordinis ad causam ipso iure sententiam non vitiet, secundùm glo. in l.1.C. de appella. quæ communiter est recepta, vt refert sequendo Alex. in d.§. nihil commune. nu.98. & ibi etiam Ripa nu.195. quam conclusionem puto esse veram, si pars non opponeret. secùs verò erit, si opponeret. Rip. in d.§. nihil commune. nu.17?. in fi.

Quis autem effectus resultet, & qualiter sententiæ super petitorio & possessorio latæ sint exequendæ, vide remissiuè Ripam in dicto §. nihil commune. num.196.

461 Et interdictum quoque adipiscendæ & recuperandæ simul cumulari non possunt. & ratio est, quia agens interdicto recuperandę, asserit se possedisse, & sua núc fuisse possessione spoliatum, c. olim. de restit. spoliat. interdictum autem quorum bonorum præsupponit actorem numquam possedisse: nam hæredi non datur, qui semel possessionem apprehendit. §. pro possessore. vers. itaque. Insti. de interd. Ias. in l.1.§. veteres. nu. 18. ff. de acqui. possess. Alex. cons.18?. num.3. lib.5. impossibile igitur est, quòd hæc duo remedia satis repugnantia simul cumulentur, l. vbi repugnantia. ff. de reg. iur. nam aliquis actum in se repugnantem producere non potest. Ias. in d.§. nihil commune. num.160. Dec. in l. edicta. num.62. vers. & ad istam regulam. C. de edict. Cagnol. in d.l. vbi repugnantia. Capit. decis.96. num.6. & 8. hinc est, quòd quamuis rusticus ob contrarietatem excusetur: tamen quandò talis cõtrarietas ex actis constat, iudex ex officio quoque parte non opponente, libellũ hanc contrarietatem continentẽ reijcere potest. Barto. in d.§. nihil commune. nu.33. & ibi etiam Ias. nu. 162. Ripa num.171.

Et si iudex hunc libellum non reijceret, & pars non

non opponeret, an processus super vtroque valeat? & Bart.in d.§.nihil commune. dicit, id à prosequutione processus facta dependere: nam si vtrunque prosequatur, tanquam contrarius seipsum excludit: si alterum tantùm, processus valet, & sentẽtia super illo ferri potest, cujus doctrinam sequitur Rip. in d.§. nihil commune.nu.172.declarando etiam vt ibi per eum. Sic itaque ex his satis perspicuè patet, qualiter hæc duo remedia ob contrarietatem cumulari nõ possunt. Bal.in l.incerti.nu.25.vers.vndecimo.C.de interd. Alex.in d. §.nihil cõmune.nu.90.& ibi etiam Ias.nu.153.Zuchard. in l.fi.nu.182.in fi.C.de edict.D.Hadr.toll.Ruin.consi. 27 nu.6.vers.nec obstat.lib.5.

Hæc autem iudicia possessoria benè circa diuersa simul cumulari possunt, vtputà remedium recuperandæ ratione naturalis possessionis spoliatæ, adipiscendæ verò ratione ciuilis. Castr.cons.95.num.2.libr.2.in nouis.Soc.in regula 187.in vlt.fall.Ias.in d.§. nihil cõmune.num.154.& ibi etiam Rip num.163. Idem dicendum est de interdicto retinendæ & adipiscendæ, nam ciuilis animo retinetur, & naturalis corpore, l.1.in princip ff.de acquir.posses. quæ possessiones (vti diuersæ) penes diuersos esse possunt, & quælibet per se insolidum, l.si duo.ff. vti possid. meritò si hæc possessoria diuersis respectibus cumulari possunt. Ias.in d. §.nihil commune.num.154.& alii Doct.præallegati, vt suprà, & tantùm hactenus dictum sit de cumulatione, cùm hic meum non sit principale officium cumulationis materiam tractare, sed de his tantùm pertinentibus ad materiam interdicti quorum bonorum dixi, & si vis materiam cumulationis scire, vide scribentes in d.§.nihil commune.& Dec.post alios in l. edita.C.de edict. quibus in locis satis plenè per eos hæc cumulationis materia diffuseque pertractatur, ad quos me remitto, cùm in fonte videri possint. 462

Et interdictum quorum bonorum hæredi competit, contra illum, qui pro hærede, vel pro possessore possidet, l.2.C.quorum bono.§.adipiscendæ. Instit.de 463

interd.Sali.in rubr.C.quor.bon.nu.3.& ibi etiam Bal. Rip.in rub.ff.quor.bon.nu.2.vers.tertia.& in l.1.nu.2. ff.eo.tit.D.meus Soci.Iun.cons.75.nu.6.lib.1.& in hoc petitioni hæreditatis æquiparatur. Ripa in d.l.1.nu.2. Marant.in tract.de ord.iud. in 4.par.dist.7.nu.4.Corn. cons.18.col.2.circa medium.libr.1. D.meus Soc.Iun.d. consil.75.nume.6.& sequ.Roland.consil.75.num.16.& seq.lib.2.

Sed si quis diceret, si hoc interdictum contra illum datur, qui pro hærede possidet, nõne id satis iniquum est, quia hæres manuteneri debet in possessione bonorum tempore mortis testatoris penes illum repertorum, & non reijci.

Sed ego huic obiecto respondeo, & dico, obiectionem contrariam procedere existente titulo pro hærede falso & putatiuo, vt in obiecto contrario dicitur: sed verò secùs erit, si titulus verus pro hærede extaret. Ripa in l.1.num.6.vers.secundò opponitur.ff.quorum bono.

464 Et pro hærede autem possidere dicitur, qui se hæredem putat esse: pro possessore verò is possidet, qui nullo iure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet.§.pro hærede. & ibi not.Aret.nu.4.Inst.de interd.l.pro hærede.& ibi scribentes.ff.de pet.hæred. Rip.in l.1.nu.6.ver.secundò opponitur.ff.quor.bon.

465 Et ad hoc, vt id interdictum hæredi competat, necesse est, quòd aduersarius rem hæreditariã possideat. §.adipiscendæ.Inst.de interd.aliàs hęredi vero nõ concederetur, cùm interdictum dicatur inter duos dictũ. Aret.in §.sequens diuisio.nu.3.Instit.de interd.& in §. quadrupli.num.25.vers.aduertas. Instit.de act.Ias.in l. fina num.28.vers.nam remedium.C.de edict.Diui Hadria.toll.

Quam cõclusionem puto etiam esse veram, si reus nõ possideat, dummodò dolo possidere desierit, quando in hoc quoque casu interdictum quorum bonorum contra illum competit, l.2.ff.quor.bon.l.2.C.eod.titu.

nam

nam paria sunt, quòd quis possideat, vel dolo possidere desinat, l. qui dolo. & l. parem. vbi Cagnol. ff. de reg. iur. Sali. in l. 2. nu. 2. C. quor. bon.

Et si quis diceret, ad quem effectum contra illum conceditur, si non possideat?

Respondeo, quòd datur, vt possessionem restituat, si possessio ad illum post inchoatum iudicium peruenerit, vel vt rei æstimationē soluat, & interesse quantum in litem iuratum sit, l. si possessor. §. restituere. & ibi glo. & Scribentes. ff. de pet. hæred. l. sed & si lege. §. si ante litem. ff. eo. tit. Rip. in l. 1. nu. 4. ff. quor. bon. Plot. in l. si quando. nu. 512. C. vnde vi. etiam si res ab alio sit vsucapta, nam qui dolo malo possidere desijt, quorum bonorum tenetur, l. 1. & ibi Ripa nu. 11. ff. quor. bon. & excipiens de iure tertij, qui dolo vel culpa causam tertio illud ius acquirendi dedit, non auditur. Rip. in loco proximè allegato vt suprà.

Et in primis tu hæredis procurator animaduertas, vt facias interrogare reum conuentum, an dictam rem teneat vel possideat, aut dolo, vel culpa tenere & possidere desierit, quia ille (quoad eius damnum) pro possessore habetur, l. qui dolo. vbi Cagnol. ff. de regu. iur. quibus interrogationibus reus respondere tenetur. Cagn. in d. l. qui dolo. nu. 3. 466

Et quorum bonorum vendicat sibi quoque locum, si reus tempore litis motæ non possideat, dummodò ante sententiam possidere incipiat, secundùm communem intellectum datum l. pen. ff. quor. bon. contra quē tenet Ripa in d. l. 1. num. 10. & hac ibi mouetur ratione: nam in interdicto quorum bonorum possessio principaliter, & non in consequentiam petitur. Bart. in l. 1. num. 4. ff. quor. bon. Berous quæst. suis famil. q. 91. nu. 8. in petitione autem hæreditatis non ita est, ergo requiritur quòd reus tempore litis contestatæ possideat, aliàs possessio in iudicium non venit. l. non potest. ff. de iud. Ripa in d. l. 1. nu. 10.

Et si tu tenebis communem intellectum d. l. pen. à Doctoribus communiter traditum, declarabis illud

esse verum, nisi reus negaret se quicquam possidere ab actore petitum: nam in hoc casu iudicium interdicti quorum bonorum locum nó haberet, etiam quòd reus rem ab actore petitam possidere inceperit: & ratio est in promptu: quia quorum bonorum nó competit, nisi contra possidentem pro hærede, vel pro possessore. Ripa in d.l.1.nu.10.in fi.

467 Et nonnulli censuêre, † quòd remedium quorum bonorum hæredi ab intestato tantum succedenti competat, l.2. C.quorum bon. Dec.cons.474.num.10. Dominus meus Soci.cons.75.num.5.lib.1. & hoc est, quia hæredi ex testamẽto succedenti per aliud remedium subuenitur, quod remedium est l.fi.C.de edicto Diui Hadria.tol.

Alij autem in contrarium existimauêre esse, videlicet, quòd hæredi nó tantùm ab intestato succedenti, sed & quoque ex testamento hoc interdictum competit, & id procedit ob generalitatem l.primæ.ff.quor. bon. Salice.in l.2.nu.4.C.quor.bon.Aret.in §.sequens. nu.1.Insti.de interd.& in §.quadrupli.nu.34.circa medium.Inst.de act.Pract.Pap.in form.libel.quo pet.hæred.ex testa.in gl.1.nu.2. Marant.in tract.de ord.iud.in 4.par.dist.7.num.2.Ripa in rub.ff.quorum bon.in octaua differentia.Roland.consi.1. num.13.lib.1. Quæ opinio quoque mihi communis placet, cùm vnum remedium per aliud non sit superfluum, immò nostra intersit plura remedia habere. Salic.in d.l.2.in fi.& ista duo remedia se adinuicem habent vt excedentia & excessa. Rip.in rub.ff.quor.bon.nu.3.

468 Nec prædictæ conclusioni obstat l. 2. C. quorum bon. nam illa lex ibi secundùm casus figurationem loquitur, à quibus verbis narratiuis facti in d.l.2.positis non est licitum arguere, ad decisionem iuris vel cautarum. Ias.in l.qui Romæ.§.Callimachus.nu.6 ff.de verbor.oblig. & in l.serui electione.§.cùm fundus.num. 27.ff.de legat.1. Dec.in l.quamdiù.num.21.& seq.C.qui admitt. ergo dicta verba in d.l.2. inserta non negant, quia etiam quorum bonorum hæredi ex testamento succe-

ſuccedenti competat.

Et profectò, ſi iſte caſus fuiſſet figuratus in d.l.2. videlicet, quòd hæres ex teſtamento ſucceſſiſſet, Iuſtinianus Imperator ita pariter decidiſſet, & id ob generalitatem l. primæ.ff. quor.bon.

Et ita pariter reſpondendum eſt auctoritatibus Decij, & Domini mei Soci. Iun.in contrarium allegatis: nam illorũ deciſiones loquuntur in caſu ad illos tranſmiſſo, in quo ſibi proponebatur hæredem ab inteſtato ſuccedere, non tamen propter hoc dicti Iuriſconſulti in ſuis conſilijs negant, quin hoc remedium quorum bonorum competat hæredi ex teſtamento ſuccedenti, ob generalitatem d.l.primæ: cùm proculdubiò interdictum quorum bonorum hæredi, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento ſuccedenti, competat, ad ſimilitudinem petitionis hæreditatis: quia interdictum quorum bonorum in omni ferè caſu locum habet, vbi & petitio hæreditatis ſibi locum vendicat. Areti.in §.ſequens diuiſio.num.2.& 6.in fine. Inſtit.de interd. Calcan.conſ.67.nu.8.Roland.conſ.1.nu.8. & pluribus ſeq. lib.1. ſed ſic eſt, petitio hæreditatis datur hæredi tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato ſuccedenti.l.1. & ibi glo.ff.de pet.hered.Aretin.in §.actionum autem.num. 104.& ibi etiam Iaſ.num.114. Inſtit.de act. & vt in tractatu petitionis hæreditatis plenè dicam, & remedia iſta in omni ferè caſu ſunt ſimilia, meritò ſi quorum bonorum hæredi tam ab inteſtato, quàm ex teſtamẽto ſuccedenti competit.

Et hæres in poſſeſsionem † omnium bonorum poſſeſſorũ per defunctum tempore ſuæ mortis mitti debet,l.2.C.quor.bon.Dec.conſ.84.num.1.Pariſ.conſ.41. nu.1.lib.1.D.meus Soc.Iun.conſ.75.nu.21.lib.1.& in omnibus quoque bonis commodatis, depoſitis, & per defunctum tempore ſuæ mortis detentis, & in hoc cum hæreditatis petitione conuenit, vt in l.non tantum.in prin.ff.de pet.hæred. Bal.in l.1.nu.10.prope fi.C.quor. bon.Pract.Pap.in forma libel.quo pet.hæred. ex teſta, in gl.poſſidebat.nu.3.Ruin.conſ.107.nu.1.lib.4. 469

Et etiam in bonis tempore suæ mortis non possessis, quoniam in bonis dicitur esse, si quoque possessio non sit, vt in l. rem in bonis. ff. de acqui. rerum domin. dummodò in illis defunctus actionem, vel exceptionem tempore suæ mortis habuerit. Bar. in l. 1. nu. 12. C. quorum bon. Aret. in §. quadrupli. num. 26. vers. quæro pro quibus. Inst. de act.

470 Et quamuis regulariter pro iuribus actionibusque incorporalibus quorum bonorum non datur, l. 2. ff. quor. bon. Bart. in l. 1. num. 11. C. quor. bon. Sali. in rub. C. eod. tit. Pract. Pap. in form. libell. quo pet. hæred. ex testa. in gl. coram vobis. num. 2. tamen id non procedit, quando incorporalia corporalibus cohærent. Bart. in l. fin. in fin. & ibi etiam Salic. C. quorum bono. Alexan. in l. 3. num. 2. ff. de acqui. possess. hinc est, quod pro vsufructu, alijsque seruitutibus quorum bonorum datur. Ripa in l. interdicto. nu. 2. ff. quorum bon. Zuchard. in l. fin. nu. 314. C. de edicto D. Hadr. toll. & hinc quoque videmus, quod licèt cōtra debitores hæreditarios hoc interdictum non datur, l. interdicto. & ibi Ripa nu. 1. ff. quorum bon. Marant. in tract. de ordin. iud. in 4. par. dist. 7. nu. 8. in fin. tamen cùm debitores in re, & in persona sint obligati, contra eos etiam quorum bonorum datur. Bart. in d. l. interdicto. & propterea ex his satis perspicuè patet, quorum bonorum pro iuribus actionibusque ad personam etiam cohærentibus permitti, secundum crebrioré Doct. opinionem, vt per Zuchar. in l. fi. nu. 311. C. de edicto D. Hadr. toll. secùs verò erit de præstationibus personalibus tantùm, licèt etiam pro eis detur quidam status, per quem hæres restituitur ad illam personalem actionem, si in illo statu iniustè, vel violenter priuatur. Zuchar. in l. fi. nu. 312. C. de edicto D. Hadr. toll.

471 Et hæres † quoque in possessionem mittitur bonorum feudalium, per defunctum tempore suæ mortis possessorum, detentatorumque, non obstante agnati contradictione, qui regulariter non est legitimus contradictor, ad impediendum hæredem in possessionem

nem feudalium mitti.c.vnic.§.inter filiam. si de feudo fuer.controuers.inter dom.& agn.Zuchard.post Scribentes communiter in l. fin. num. 92. vers. mihi magis placet.C.de edicto D.Hadr. tollend. Plot. in l. si quando.num.110.C.vnde vi.Dec.consi.488.numer. 11. Curt. iun.consi.30.num.10. Paris.cons.41.num.2.& seq.dominus meus Socin.iun.cons.75.num.28.lib.1.Rolan.cons. 1.nume.48. libr. 1. donec de iure, illiusque proprietate in petitorio ordinariè cognoscatur.Durant.in tracta.de art.testan.tit.11.caut.20.num. 4. Deci.consi.424. num.10.& seq.& consi.588.nume.9. Curt. iun.consi.30. num.10.& consi.108.num.14.dominus meus Socin.iun. consi.75.num.28.& seq.lib.1.Roland.d.cons.1. num.48. quia regulariter interdictum quorum bonorum per dominij exceptionem non impeditur, sed in petitorio reseruatur.l.fin.C.quor.bon.Dec.consi. 424. num. 20.& consi.467. num.14. Durant.in tract.de art. testan. tit.11.caut.20.nu.8.propè fin.Plot.in l. si quando.num. 110.C.vnde vi.idem dicendum est de emphyteuticis ecclesiasticis.Zuchar.in l.fin. num. 92. vers. mihi magis. C.de edict.diui Hadr.toll. Plot.in l.si quando. nu. 110. C.vnde vi.Dec.consi.467.num.9.in fin.& seq.Paris.cōsi.41.num.1.& seq.lib.1.

Quæ conclusio quoque procedit, si filia sit hæres vniuersalis,vel vna alia fœmina, quæ sit transuersalis, dummodò defuncti hæres vniuersalis sit. Ias. in præl. 472
ud.feud.num.45.Afflict.decis.119.nu.4.dominus meus Socin.iun.consi.75.num.29.lib.1. Roland. consi.1.num. 61.lib.1.& hoc est, quia defuncti possessio in his bonis feudalibus in hæredem vniuersalem continuatur. D. meus Cæphal.consi.30.num.9.& seq. decis. Pedemontani 26.nu.14. meritò si in hoc iudicio possessorio filia hæres agnato regulariter præferatur, vt commodum suæ possessionis habere possit. §.commodum. Insti.de interdict.donec de iure agnati in petitorio ordinariè cognoscatur.Paris.d.cons.41.num. 3.& seq. Roland. d. consi.1.num.48.

Quæ regula limitatur non procedere, si agnatus 473
 possi-

possideret, offerendo se incontinenti ius suum probare, dico, quòd ille auditur, & si probaret se potiora iura in feudo habere, hæredi præfertur, quia hæredi tūc obstat exceptio dolo facis, qui petis quod restituturus es, l. dolo facit, ff. de except. c. dolo facit, de regul. iur. in 6. gl. est communiter recepta in l. 1. in verbo, restituas, vbi etiam Ang. num. 5. ff. quor. bon. Bald. Salic. & Angel. in l. fin. C. quor. bon. Salic. in l. incerti, num. 12. versi. in possessorio verò adipiscendæ. C. de interd. Areti. in §. quadrupli, num. 26. in fin. Institut. de act. Ripa in l. hoc interdictum, num. 12. ff. quorum bon. & lib. 1. responsor. suorum, cap. 1. num. 83. vbi dicit hanc esse communem Doct. opinionem, & ita quoque affirmat Afflict. decis. 14. nu. 4. Ias. in l. 3. §. genera. nu. 25. ff. de acq. poss. Zuchar. in l. fin. num. 480. & num. 437. vers. & prædicta, C. de edict. diui Hadr. tollen. Negus. in tract. de pigno. in 2. membr. secundæ part. num. 21. Ruin. cons. 27. num. 6. in fin. lib. 5. dominus meus Soc. iun. cons. 75. nu. 8. lib. 1. & dominus quoque meus Cæphal. cons. 4. nu. 36. lib. 1. & hoc per text. l. si is à quo. ff. vt in possess. legat. ad hoc vt circuitus euitetur, l. dominus testamento, & ibi not. ff. de condi. indeb. tum & quia possessionem & titulum habet, & contra titulo possidentem regulariter hæredi quorum bonorum non datur. Bart. & Doct. in l. hæreditatis, C. de petit. hæred. l. 1. & ibi not. Bart. nume. 3. ff. quor. bon. Bald. in rubr. C. quorum bon. & ibi etiam Salic. num. 4. Aret. in §. quadrupli, num. 25. versi. præterea. Instit. de act. Alex. consi. 91. num. 13. libr. 1. Ias. in prælud. feud. num. 43. & ratio est, quia hæres se in titulo & defuncti possessione fundat: reus autem quoq; fundatur ex titulo inuestituræ, & ex possessiõe de præsenti, meritò si agnatus hæredi præfertur. Zuch. in l. fi. num. 41. vers. circa primum, & num. 419. C. de edict. D. Hadr. tollend.

174 Hanc autem limitationem tribus modis sublimita. Primò dico, quòd dicta limitatio procedit, si agnatus expressè, & per nomen proprium nominatus sit in inuestitura. Roland. consi. 1. num. 30. libro 1. decis. Pedemont.

mont.26.num.16.secùs verò est, si in inuestitura nō nominatur, & eius genealogia per testes sit probanda, agnatus non auditur, etiam si se obtulerit ius suum incōtinenti probare: sed in hoc vltimo casu hæres in possessionem mittitur, saluo & reseruato agnato iure suo (si aliquod in feudo habeat) ordinariè in petitorio agendi. D.meus Soc.iun.cōs.75.nu.18. & seq.lib.1.& dominus quoque meus Cæphal. consi.30. nu.14.& seq. & num.19.Rolan.consi.1 nu.71.& seq.lib.1.decis.Pedem. 26.num.16.& num.21.vers.ex præmissis, nam quotiescunque dominij exceptio altiorem requirit indaginē, illa non admittitur, sed in petitorio semper reseruatur, per text.clarum in l.fin.C.quorum bon. Afflict.decis.14.num.4 & 10.in fin.Dec.consi.424.nu.18.& seq. & consi.467.num.13.& seq.dominus meus Socin.iun.consi.75.num.20.lib.1.

Secundò etiam limitatur non procedere, quando remedium adipiscendæ in pœnam rei conuenti intentatur, nam tunc dominij exceptio non admittitur, secundùm gloss.fin.in l.fin. ff.de rei vend. Ripa post Ias. in l.naturaliter.§.nihil commune,num.102. ff.de acquirend.poss. 475

Vel & tertiò exceptio proprietatis nō admittitur, si possessio agnati sit vitiosa, vtputà quando ille in inuestitura non sit expressè nominatus, & per vim possessionem præoccupauerit. Rip.in l. hoc interdictum.nu. 12.in fin.ff.quorum bon. Zuchar.in l.fin.nu.181.C.de edict.diui Hadr.tollen.Dec.consi.423.sub nu.18.& consi. 467.nū.12.D.meus Soc.iun.consi.75.nu.18.lib.1.Roland. consi.1.nu.71.lib.1. 476

Et possessio etiam vitiosa dicitur, si illam propria auctoritate apprehenderit. Dec.in l. fin.num.48. versi. si autem, & ibi etiam Zuch. num. 379. C. de edicto diui Hadr.tollen.idem Dec.consi.424.num.14. propè fin. & num.18.vers.nec obstat. & consi.467.num.12.Crau.consi.134.num.23.

Quam limitationem non puto esse veram, si agnatus in inuestitura expressè nominetur, & in illa consti-

tuti, executiuique pactum reperiatur, virtute quorum censeo agnatum proculdubio in possessioné per vim ingredi potuisse. Bart. in l. creditores. nu. 19. & ibi etiá Salic. num. 12. C. de pignor. Ias. in l. 2. num. 109. & seq. C. de iure emphyt. Tyraq. in tract. de iure constit. in prima part. num. 37. Rolan. consi. 5. num. 22. lib. 2. à fortiori ergo sine vi. auth. multò magis. C. de sacrosanc. eccles. meritò si agnatus per proprium nomen in inuestitura nominatus, & defuncto proximior hęredi pręferatur. decis. Pedem. 26. nu. 16.

Secùs verò erit, si agnatus possidens in inuestitura nominetur, sed defuncto proximior non sit, & de iure tantum tertij opponat, quia tunc nõ admittitur, ad impediendum hæredẽ in possessionem feudi, per defunctum tempore suæ mortis detenti mitti. Ias. in pręlud. feud. num. 44. Alexan. cons. 91. num. 13. versic. nec poterat, lib. 1.

477 Et exceptio dominij non admittitur etiam, si reus incontinenti offerat se illam probaturum, existente statuto possessionem in hæredem immediatè sine alia apprehensione continuante: & ratio est, quia in hoc casu adipiscendæ naturam recuperandæ sapit, & sicuti in recuperanda exceptio dominij reijcitur, vt per Scribentes in l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquir. poss. ita & in interdicto quorum bonorum, Dec. cons. 84. colum. 2. versic. & ideo. Ripa in rubr. extr. de causa poss. & propr. nu. 24. in fin. & in d. §. nihil cõmune. nu. 98. in fin. Parisius cons. 41. num. 13. lib. 1. sed an hæc limitatio sit vera, ex infra dicendis patebit, vbi tractabo illum articulum, an existẽte statuto possessionem in hęredem continuante, recuperandæ vel adipiscendæ hæredi competat.

478 Et necesse est, ad hoc vt interdictum quorum bonorum hæredi competat, quòd agnatus feudum possideat. §. adipiscendæ. Instit. de interd. Roland. cons. 1. nu. 71. lib. 1. quia id interdictum dicitur quasi inter duos dictum. Aret. in §. quadrupli. num. 25. vers. aduertas. Institut. de actio.

Et cir-

Et circa hanc feudorum materiam in hoc articulo 479
proximè tacto tu declara, vt aliàs in præcedenti tractatu tetigi, præter quòd ibi cognitio causæ fit summariè, quia remedium l. fin. C. de edicto diui Hadr. tollend. regulariter est summarium. vt ibi per Doct. Parisius consi. 11. nu. 2. lib. 2. interdictum verò quorum bonorum, est remedium ordinarium. Dominus meus Cæphal. consi. 30. num. 16. & seq. in quo ad cognitionem causæ non proceditur, nisi ordinariè, porrecto libello, & lite contestata, quæ litis contestatio de iure requiritur. Ripa post Doct. in l. naturaliter. §. nihil commune, nu. 182. ff. de acqui. poss. & vt in principio huius ferè tractatus dixi.

Quæro an quorum † bonorum hæredi pro rebus 480
singularibus cōpetat? & plerique censuere, quòd non, sed pro rebus tantū vniuersalibus. Pract. Pap. in form. libel. quo pet. hæred. ex testam. in glo. coram vobis. nu. 2. Roland. consi. 1. num. 5. lib. 1. & hoc per text. l. 1. §. hoc interdictum. ff. quorum bon. & ideo Soc. cons. 33. num. 19. lib. 1. dicit, quòd interdictum quorum bonorum directum pro hæredis occupatione competit: pro rebus autem singularibus vtile, quod est remedium l. fin. C. de edict. diui Hadr. tollend. cuius doctrinam sequitur Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. dist. 7. num. 7. Rolan. cons. 75. num. 4. lib. 2.

Alij autem contrarium existimauere, videlicet ꝙ interdictum quorum bonorum non pro rebus tantum vniuersalibus hæredi competat, sed & quoque pro particularibus. gloss. est in l. si ex edicto, in verbo, possideat, C. quor. bo. text. est etiam cum glo. in §. adipiscēdæ, in verbo, quod ex his, & ibi not. Aret. num. 5. Instit. de interd. & idem Aret. in §. quadrupli. nu. 25. versic. ex quo. Inst. de act. Bart. & Ang. post gl. in l. 1. §. hoc interdictum. & ibi etiam Rip. nu. 15. & 18. in fin. ff. quor. bon. & hæc est communis Dd. opinio, vt per Rip. in l. 1. §. q̄a autem. nu. 12. ff. quor. legat.

Et hæredi bonorum hæreditariorum partem possidenti, pro adipiscendis alijs bonis quorum bonorū da

tur,

tur. Ruin. cons. 28. num. 1. lib. 5. & non tantum vtile, sed & quoque directum. Ripa in d. §. hoc interdictum, nu. 18. propè fin.

Quæ opinio quoq; mihi placet, non obstante quicquid dixerint Socin. Marant. & Rolan. vt suprà in contrarium allegati, qui ad concludendum in contrarium ita mouentur, per tex. in d. §. hoc interdictum, qui tex. (meo quidem iudicio) non obstat, quia ibi subauditur dictio taxatiua, secundùm Rip. post Bart. Ange. & alios in d. §. hoc interdictum. qua subauditione taxatiua ita intellecta, d. §. hoc interdictum, magis pro hac communi, quàm econtra faceret.

481 Benè autem fateor, quòd contra debitores hæreditarios regulariter hæredi quorum bonorum non conceditur. l. interdicto. ff. quor. bon. & in hoc ab hæreditatis petitione differt, quæ contra debitores contendentes se hæredes esse datur. l. etiam. § fin. ff. de pet. hæred. Marant. in tract. de ord. iud. in quarta part. septima distinct. sub num. 8. & hæres debitores solutionem denegantes iudicis officio conuenire poterit. Angel. in d. l. interdicto.

Quæ regula limitatur non procedere, cùm debitores in re & in persona obligati sunt, quia tunc hæredi quorum bonorum contra illos competit. Bart. in dicta l. interdicto. & ibi etiam Angel. num. 2. Alexand. in l. 3. num. 2. ff. de acquirenda possess. Zuchard. in l. fin. num. 311. C. de edicto diui Hadria. tollend. & vt aliàs suprà tetigi.

482 Et pro obtinendo victoriam in hoc iudicio interdicti quorum bonorum, procurator hæredis pro parte sua probare debet, se ab intestato, vel ex testamento hæredem esse: si ab intestato, debet articulare & probare quòd ipse est de liberis, vel de proximioribus agnatis, & defuncti hæreditatem adiuerit, vel agnouerit: si autem ex testamento succedat, dico, quòd sufficit producere testamentum non abolitum, neque cancellatú in aliqua substantiali parte. Secundò in his duobus casibus probare debet, defunctum possedisse vel tenuisse

talia

talia, & talia bona tempore suę mortis, & hoc modo omnia in hoc interdicto quorum bonorum necessaria, erunt probata. Aret. in §. quadrupli, num. 25. in fin. Inst. de act. Durant. in tract. de art. testan. tit. 11. caut. 20. nu. 4. Afflict. decis. 14. num. 3. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. dist inct. 7. num. 4. Franc. de Aret. consi. 103. num. 3. in fin. Calcan. consi. 67. colum. 3. in princ. Gozad. consi. 50. num. 5. Purpurat. in quodam consilio suo inserto inter decisiones Pedemontani, post decis. 108. nu. 1. Roland. cons. 75. num. 13. & consi. 94. num. 5. libro 2. & hæc probatio sufficit, absque eo, quod hæres probat defunctum fuisse dominum bonorum hæreditariorum, cum dominij probatio non sit necessaria. Gozadi. consi. 50. num. 5.

Et si hæredis procurator non probaret, suum principalem defuncti hæredem esse, illiusque hæreditatē legitimè adiuisse, vel illam de iure prætorio agnouisse, succumberet, quia requisita interdicti quorum bonorum non probaret. l. 1. & ibi not. ff. quorum bon. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. part. distinct. 7. num. 4. Alexan. cons. 176. num. 1. lib. 5. Paris. consi. 48. num. 9. libr. 3. Gozad. consi. 50. num. 15. Roland. consi. 75. numer. 3. in fi. lib. 1. præsupponendo etiam fuisse probaturum pro parte sua, reum pro hærede, vel pro possessore possidere, quia interdictum quorum bonorum tantum contra possidentem pro hærede, vel pro possessore permittitur. l. 2. C. quorum bonorum. §. adipiscendę. Institut. de interdict. Ripa in l. prima, num. 2. ff. quorum bonorum. & etiam contra illum, qui dolo possidere desiit. Ripa in d. l. 1. num. 4. quare igitur bonum erit, vt reo interrogationes facias, & eisdem respōdeat: quia hoc modo per eius fortè responsiones ab hac probatione releuaberis.

Et regulariter quorum bonorum cōtra titulo possidentem non datur. l. 1. & ibi not. Bart. num. 2. & Ripa num. 2. ff. quorum bonorum. Bald. in rubr. C. quorum bonor. & ibi etiam Salic. num. 4. idem Salicet. in l. si ex edicto. num. 2. C. quorum bonor. Aret. in §. quadrupli. 483

num.

num.25.versi.præterea.Instit.de act.Corn.consi.329.colum.8.versic.ideo hæredibus.lib.1. Marant. in tract.de ord.iud.in 4.part.distinct.7.sub num.4.in fin. Roland. consi.75.num.16.& seq.lib.2 & ratio est, quia hæres in titulo & defuncti possessione fundatur, reus titulum & possessionem habet, ergo reus ratione sui tituli & possessionis prefertur, cum in pari causa conditio possidentis est potior. Bart. & Doct. in l. hæreditatis. C. de petit.hæred.dominus meus Socin.iun.consil.75.nu.12. & seq. lib. 1. & in hoc interdictum quorum bonorum petitioni hereditatis equiparatur. Ripa in l. hoc interdictum.numer.2.ff.quorum bonor. Marant.in tract.de ordi.iud.in 4.part.distinct.7.num.4.Corn.consi.18.colum.2.circa medium.lib.1.Gozad.cons.50.num.13.Calcan.cons.67. num. 8. dominus meus Socin. iun. consil. 75.num.6.& sequent. lib.2. Roland.consi.75.num.16.& seq.lib.2. & ideo hæc regula est limitanda in omnibus casibus, in quibus petitio hæreditatis limitatur, vt in tractatu petitionis hæreditatis dicam, quando quæritur, an petitio hæreditatis contra titulo possidentem detur, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam. si ergo contra titulo possidentem nó datur regulariter, ergo contra possidentem sine titulo hoc interdictum quorum bonorum conceditur, dummodò nihil vsucaptum, vel præscriptum sit. Bart. in l.1.num.15.C.quorum bon.

484 Aduerte autem,† quòd error iustus pro titulo habetur quo ad præscriptionem: non autē quoad excludendum agentem interdicto quorum bonor. Ias. in §. actionum autem.nu.222. Inst.de act. Ripa in l.1.num.7.ff. quor.bon.D.meus Soc.iun.cons.75.num.13.lib.1.decis. Pedem.56.num.6.

Et an requiratur præscriptio longi vel longissimi temporis, id est, triginta annorum, dic, vt dicam in subsequenti tractatu petitionis hæreditatis, distinguendo eo modo, vt ibi dicam, nam interdictum quorum bonorum & petitio hæreditatis in hoc conueniunt, equiparanturque. Aretin. in §. quadrupli, num.25. circa medi-

medium.Inst.de act.decis.Pedemontani 56.num.6.

Et deinde quæro, an † in hoc interdicto quorum bonorum plena vel semiplena probatio requiratur? & nonnulli dixere, plenam probationem requiri, ex eo, quia de pleno ipsius possessionis præiudicio tractatur, cum maximum commodum sit possidere, §.commodum.& §.retinendæ.Instit.de interd.meritò, si plena requiratur probatio.Salic.in l.1.num.9. C. quorum bonorum.Rip.in l.interdicto.num. 8. ff. quorum bon. & in l.si constante,num.17.ff.solut.matr. Cagno.in l.in pari.nu.4.ff.de reg.iur.& hæc est communis Doct.opinio, vt refert sequendo Alex.consi.187.num.3. lib.7. & consi.139.nu.14.& ibi etiam apostillans lib.6. Gramm. consi.150.nu.35.in ciuilibus.Rol.consi.50.nu.15. versic. nec obstat,lib.2. 485

Quæ conclusio vendicat etiam locum in quocunque iudicio possessorio, etiam summario, Vant.in tractatu de nullit.in tit.ex defectu process.num.38.& hoc per text.l.primæ,C.quorum bon.in verbo,Si probaueris. quod verbum habet sensum veræ & propriæ probationis,nam quando probatio à lege exigitur, semiplena probatio cum iuramento non sufficit, sed propria veraque requiritur probatio.Felin.in rubr. extr. de probat.num.4.sed sic est, in interdicto quorum bonorum lex probationem requirit, dicta l. prima. ergo debemus intelligere de probatione propria,& non de impropria,cum verba etiam semper in potentiori significatu intelligantur.Ias.in l.vt inter diuinum, num. 12.C.de sacrosan.eccles.& in rubr.ff.de noui ope. nuncia.num.19. 486

Alij autem contrarium censuere, quòd imò in hoc interdicto quorum bonorum semiplena sufficiat probatio.Bart.in l.1.nu.10. C.quorum bon.Aret.in §.quadrupli.num.26.Instit.de act.Alexan.consi.70. num. 11. & seq.lib.6.Gozadin.consi.50.num.5. Durant.in tract. de art.testan.titul.11.caut.20.num.7.Maran.in tractatu de ordin.iud.in quarta part.distinct.9.nu. 43. circa medium.Berous quæst.suis famil.q.71.nu.6.in fin.& ratio 487

est, quia causa possessoria est parui praeiudicij, meritò si semiplena tantum sufficiat probatio. Dec. in l. Carbonianum. nu. 2. C. de Carbon. edict. & consi. 56. num. & consi. 663. nu. 2. Marſ. sing. 433. Ruin. consi. 108. num. 18. lib. 5. Crau. consi. 158. num. 12. Rolan. sibimet contrarius consi. 75. num. 14. & seq. lib. 2. decis. Pedemont. 99. num. 37. vbi asserit hanc esse communem Doctor. opinionem.

488 Alij autem fœdere distinctionis enixi fuere has duas opiniones hoc modo concordare, vt prima opinio procedat, quando plenariè de possessione tractatur, quae sit allatura praeiudicium in possessorio alteri parti irreparabile: secùs verò est, si possessio sit momentanea, parui praeiudicij, & in remedio possessorio reparari possit, prout est illa, quae in iudicio summariissimo ordinatur ad finem, vt ne lite pendente super proprietate, vel possessione, partes ad arma veniant; & vt sciatur, quis sit actor, & quis reus, & illa possessio est tanquam alterius iudicij ordinarij praeparatoria, & sic est momentanea: meritò, si non plena requiratur probatio, sed semiplena tantum sufficiat. Felin. in rubric. extr. de probat. num. 5. vers. sed limita, & ratio est, nam illa, quae sunt momentanea, in nulla consideratione habentur. Dec. in l. fin. C. de pact. Marsil. in l. fin. num. 155. ff. de iurisd. omnium iud. Soci. consi. 53. num. 28. libro 4. Grammat. consi. 2. num. 3. in fin. & sequen. in ciuilibus, & in his terminis loquuti fuere Doct. secundam opinionem tenentes. Ita distinguendo declarat Dec. in c. causam quae, num. 3. in fin. extr. de iudi. Alexan. in l. à diuo Pio. §. si super rebus, num. 2. ff. de re iudic. Castrens. consi. 3. num. 2. libr. 2. & est additio ad decis. Capic. 13. num. 1. Zuchard. in l. fin. num. 83. & 257. circa medium, C. de edicto diui Hadr. tollend. Rip. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 185. vers. vnde diceremus. ff. de acq. poss. Cagnol. in l. in pari. nu. 6. ff. de reg. iur. Plot. in l. si quando, num. 112. C. vnde vi. Marant. in tract. de ord. iudi. in 4. part. distinct. 9. num. 43. & seq. Vant. in tract. de nullit. in tit. ex defectu processus, nu. 51. & seq.

Diffi-

Difficultas ergo est in cognoscendo, si possessio, 489
quæ hæredi datur in hoc iudicio interdicti quorum bonorum ab hærede intentato, sit maximum, perpetuumque alteri parti præiudicium allatura. & mea quidem sententia videtur quod non: nam hæres rem petitam probans tempore mortis defuncti per illum possessam vel detentam fuisse, ipsumque illius defuncti hæredem esse, proculdubio in hoc iudicio possessorio regulariter obtinebit, non obstante, quòd reus àb ipso defuncto spoliatus fuerit, vel rem in depositum penes defunctum relaxauerit. vt in l. non tantum, in princip. ff. de pet. hæred. Bald. in l. 1. nu. 10. prope finem. C. quorum bon. Ruin. consi. 107. num. 1. lib. 4. & vt suprà aliàs terigi. dictis igitur probationibus per hæredem factis, reus possidens regulariter hæredem impedire non poterit, quin ipse in possessionem rei petitæ mittatur. l. 2. C. quorum bon. l. non tantum, ff. de petit. hæred. Dec. cons. 84. num. 1. dominus meus Socin. iun. cons. 75. num. 21. lib. 1. nam vt aliàs dixi, vt sit legitimus contradictor necesse est, quod rem de qua agitur, possideat, & non vitiosè, & suum ius incontinenti doceat. Ripa in l. hoc interdictum. num. 12. ff. quor. bonorum. dominus meus Socin. iun. cons. 75. num. 18. lib. 1. præoccupando igitur rem petitam post defuncti mortem propria auctoritate, reus dicitur vitiosè possidere, quia possessio vitiosa censetur illa, quæ propria auctoritate acquiritur. l. si ex stipulatione, ff. de acquir. poss. Zuchar. in l. fin. nu. 348. versi. si probat. C. de edict. diui Hadr. tollen. Deci. consi. 84. num. 1. circa medium. Crau. consi. 134. num. 23. cum sit igitur vitiosa, non est considerabilis, nec ei quicquam prodest. Bald. in l. 1. nu. 16. C. de seruit. & aq. Paris. cons. 113. num. 35. lib. 1. meritò si hæres in possessionem mittitur, donec de iuribus aduersarij in alio iudicio ordinariè cognoscatur. Dec. cons. 424. num. 10. & seq. & consi. 588. numer. 9. Curt. iun. consil. 108. numer. 14. dominus meus Socin. iun. consi. 75. numer. 26. & sequent. lib. 1.

Et ideo, si reus in alio iudicio contra hæredem re- 490

medium c.reintegrandæ.3.quæst.1.intentaret,& sua requisita in illo iudicio necessaria probaret, proculdubio obtineret, & ante omnia ad eius possessionem reintegraretur,c.conquerente,de restit.spol. l.meminerint.C.vnde vi.cum reintegrandæ competat contra illum,qui possessionem ab auctore vitioso habuit.Ripa in c.sæpè,num.28.in fin. de causa possess. & propriet. Rube.in l.naturaliter,§.nihil commune.num.43.ff.de acquir.posses.Paris.consi.1.nu.166.lib.1. vbi dicit hanc esse communem Doct.opinionem. ergo ex his perspicuè patet,quod possessio, q̃ hæredi in interdicto quorum bonorum datur, non perpetuum reo afferat præiudicium,si in alio iudicio(vt dixi,) de bonis iuribus rei constiterit,& cum ita sit,meritò, si in iud. interdicti quorum bonorum semiplena tantum sufficiat probatio,secundùm Doct.distinguentes vt suprà. Bart.in l. 1.num.10.C.quorum bon. Doct.communiter in secunda opinione præallegati.& ita etiam tradit Marant.in tractatu de ordi.iud.in quarta part.distinct.9.nu.43.versi. in ista varietate.

491 Et quamuis Marant.ibi moueatur ad ita concludendum,quia præiudicium in hoc iudicio reo illatum de facili in petitorio reparari potest, tamen ego dico, quòd si hæc ratio sua fuisset vera,sequeretur indistinctè,quòd in quolibet iudicio possessorio, & etiam in remedio reintegrandæ semiplena sufficeret probatio, quia reus qui in possessorio succumbit, contra eum in petitorio agere potest.vt per scribentes in l.naturaliter.§.nihil commune,ff. de acquir. poss. & per Curt. iun.consi.41.num.16.versi. quinimò. & tamen eo in iudicio reintegrandæ plena requiritur probatio, secundùm communem Doct.opinionem,vt per Plotum in l.si quando,nu.115.C.vnde vi, & secundùm distinctionem traditam per Doct. vt suprà. quorum opinioni ita distinguentium creditur tanquam veritati adhærentiũ, Riminald.consi.50.num.2.lib.1. Dominus meus Socin. iun.consi.39.num.78.& consi.121.num.36.lib.2. ergo ex his patet,quòd ratio per Marantam, vt suprà, allegata

non est bona, neque rationabilis, & successiuè non est tenenda. Benè autem eius dictum valet, de iureque sustinetur, præsertim hoc in iudicio quorum bonorum, ex quo non tractatur de possessione penès hæredem perpetuò duratura, si reus in alio iudicio possessorio, vel petitorio (vt sibi melius opportunum videbitur) de suis iuribus, vel de suo spolio à præcefuncto emanato probabit, vt suprà dixi. ergo hoc iudicium possessorium est momentaneum, paruique præiudicij, & in alio iudicio possessorio, vel petitorio de facili reparari potest: meritò, si semiplena sufficiat probatio, secũdùm crebriorem Doct. opinionem, vt per decis. Pedemont. 99. nu. 37. & per Roland. consi. 75. num. 14. & seq. lib. 2. & per Doct. communiter præallegatos secundam opinionem tenentes.

Et hæc conclusio proculdubio procedit, nam negari non potest, quin id iudicium alterius iudicij præparatorium sit, vt ex præallegatis rationibus perspicuè colligitur: meritò, si probatio tantùm semiplena in hoc iudicio interdicti quorum bonorum sufficiat. Zuchard. in l. fin. num. 257. versic. & ideo, C. de edict. diui Hadr. tollend. 492

Et ita tenendo non obstant (ni fallor) rationes adductæ per Sali. in l. 1. nu. 9. C. quor. bon. vbi vult, quòd in hoc interdicto plena requiratur probatio: quia non est modici præiudicij: cùm quia non aliud post se simile expectat, nisi forsan petitorium ab aduersario intentandum, non de necessitate, sed de sua tantum voluntate: tum quia à sententia in hoc iudicio possessorio promulgata non permittitur appellatio, ergo est nimij præiudicij, ergo probatio plena est necessaria. Doct. distinguentes præallegati vt suprà.

Sed ego his rationibus respondeo & dico, verum 493
esse, quòd à sententia in hoc iudicio possessorio momentaneo promulgata, regulariter non appellatur. Bart. in l. 1. num. 12. & Salic. colum. 3. in princ. C. quorũ bonor. & idem Salic. in rubr. C. eod. tit. num. 7. versicu. quartò & septimò, Ias. in l. naturaliter. §. nihil commu

ne,nu.168.in fi.ff.de acq.poss.Pract. Pap. in form. libel. quo pet.hær.ex testa.in gl.quare cum,in fin. Gozad.consi.50.num.3.& seq.Berous quæst. suis fam. q.91.num.8. Rol.cons.38.nu.13.& cons.77.nu.9.& seq.lib.2. vbi asserit hanc esse communem Dd.opinionem.

Et præsertim non appellatur,ad effectum retardandi executionem,præstita saltem cautione de restituendo possessionem,si opus fuerit.Maran.in tract.de ord. iud.in 4.part.dist.7.num.9.& in 6.par.in 2.actu,nu.173. Durant. in tract.de art,testan.titu.11.caut.20.num.7.in fin.Berous quæst.suis famil.quæst.91.nu.1.decis.Pedemont.26.num.12.

Sed Roland.cons.77.num.15.& seq.lib.2.dicit, quòd appellatio,non tantum quoad effectum deuolutionis, sed & quoq; suspensionis,prohibetur.

Sed quicquid sit, satis mihi est, quòd à sententia in hoc interdicto prolata,in terris Imperij, & de iure ciuili, appellatio non permittitur, quamuis non desunt, qui dicant, appellationem de iure canonico regulariter non esse permissam, quæ opinio tamen videtur periculosa,imò penitùs falsa, per tex.in c.cum ad sedem, de rest.spol.Rip.in l.interdicto,num.10. ff.quor.bon. Zuchar.in l.fin.nu.394.C.de edict.D.Hadr.toll. Alexá. cons.99.nu.2.& seq.lib.5 Marant.in tract.de ord.iud.in quarta part.dist.9.num. 44. tamen ego benè dico, hanc consequentiam non valere : à sententia, in iudicio interdicti quorum bonorum prolata,non datur appellatio,ergo est maximi præiudicij. imò appellatio in hoc iudicio mero possessorio solum reiicitur,quia est parui momentaneique præiudicij, cum illa possessio non longo perpetuoq; tempore sit penes hæredem rem ausura, si reus in alio iudicio effectus actor probauerit, circa possessionem se à defuncto spoliatum fuisse, vel in petitorij iudicio dominium dictę rei ad se pertinere,ergo est parui præiudicij, & hac tantũ ratione prohibetur appellatio,secundùm crebriorem Dd.opinionem, vt per Rolan.consi.38.num.13.lib.2.& alios Doct. præallegatos.

Et vt

Et vt in simili videmus, quòd quando iudex in iudicio summariissimo constituit vnum actorem, & alterum reum, præcipiendo actori, ne reum possessorem in sua possessione etiam asinaria molestare habeat sub pœna, saluo iure ipsi actori agēdi ordinariè in possessorio, vel petitorio, si aliquod ius sibi competat, dico, quòd à dicto præcepto, momentaneum præiudicium actori afferente, non permittitur appellatio. l. 1. & ibi Salic. num. 3. & seq. C. si de mom. poss. Spec. in tit. de appellat. §. 2. num. 8. Imol. cons. 55. num. 5. Angel. cons. 46. num. 3. in fin. versi. contrarium est veritas, Castr. consi. 3. num. 2. in fin. versi. tertiò. lib. 2. Dec. in l. fin. num. 51. in fin. & num. 52. in fin. C. de edict. diui Hadr. toll. & cons. 28. num. 1. in fin. & seq. Cagnol. in l. in pari. nu. 7. in fin. ff. de regul. iur. Plot. in l. si quando, num. 107. C. vnde vi. Calcan. cons. 83. nu. 9. vers. sed & alia. Curt. Sen. consi. 60. in additione per illum ad d. cons. facta. Io. de Amic. cons. 6. num. 43. Paris. cons. 108. num. 13. 22. & 26. lib. 1. D. meus Soc. iun. cons. 18. nu. 15. in fin. & seq. lib. 1. Maran. in tract. de ord. iud. in 4. part. distinct. 9. nu. 44. & in 6. par. vltimæ part. in secundo actu, num. 301. ita ergo ex rationis identitate, nec ab ista sententia mera possessoria, in hoc interdicto quorum bonorum promulgata, permittitur appellatio, cum illa possessio sit momentanea, parum penes hæredem duratura, si reus in alio iudicio probauerit, se ius in dicta re habere. Berous quæst. suis famil. q. 91. num. 8. & alij Doct. præallegati secundam opinionem tenentes. 494

Et quamuis hęc sententia mera possessoria, in hoc iudicio interdicti quorum bonorum prolata, non aliud post se simile expectat, non tamen sequitur, ergo appellatio est concedenda: nam etiam iudex per viam præcepti constituit actorem, iubens sub pœna ipsi, ne vadat in dictam possessionem, cum reserua iurium illius agendi ordinariè in possessorio, vel petitorio, si aliquod ius eidem cōpetat, illa declaratio ac pronuntiatio dicti pręcepti non aliud simile post se expectat, & tamen in illo casu ob paruum præiudiciū reijcitur ap-

pellatio, ergo ex his perspicuè patet, illam consequentiam non valere, cum solum hic prohibeatur appellatio, quia est sententia mera possessoria, parui præiudicij alteri parti, & hoc modo tolluntur rationes in contrarium adductæ per Salicetum in l.1.nu.9. C. quorum bonor.

495 Tolliturque pariter id quod dicit Felin. in rubric. extr. de probat.nu.4. vbi dicit, quòd quando lex probationem requirit, intelligitur de perfecta & plena. Sed ita est, l.1. C.quor.bo. probationem requirit, ibi, si probaueris: ergo probatio plena in hoc iudicio interdicti quorum bón. requiritur.

Sed ego huic argumento respondeo, illud esse verum, quando de graui præiudicio tractatur, secùs si de momentaneo, nam tunc non plena requiritur probatio, semiplena autem tantum sufficit. Felin. in rub. ext. de probat.num.5. vers. secundò limita. Alexan. in l.à diuo Pio, §.si super rebus.nu.2.ff.de re iud. Zuchar. in l.fi. nu.257. circa medium. C.de edict.diui Hadr.tollen. Marant. in tract. de ordin. iud. in 4.part. distinct.9.num.43. Decis. Pedemont.99.num.37.& Doct. communiter distinguentes præallegati vt suprà, cum possesio momentanea in nulla habeatur consideratione, l.1.C.si de moment.poss. Socinus cons.53.num.28.lib.4. Gramma. consi.2.num.3. in fin.& seq. in ciuil lib. Marsi. in l.fin.nu. 155.& seq.ff.de iurisd.omn.iudic. sed sic est, in casu nostro tractatur de mera & momentanea possessione: meritò, si semiplena tantum probatione sufficit. decis. Pedemont.99.nu.37. vbi asserit hanc esse communem Dd. opinionem.

496 Et aduertas benè, † ne decipiaris, ad illud, quod nónulli Doct. dicere voluerunt, quòd iudicium plenarium cẽsetur, vbi ordo iudicij obseruatur, & successiuè in eo plena probatio requiritur. Plot. in l. si quando, nu.114. C.vnde vi. sed sic est, lis in hoc iudicio quorum bon. contestatur. Ripa post Dd. in l.naturaliter. §.nihil commune, nu.182.ff.de acquir.poss. ergo probatio plena requiritur.

Huic

Huic ego autem argumento respondeo, & dico, verum esse, quòd in causis possessorijs præiudicialibus, in quibus exceptiones altiorem indaginem requirentes admittuntur, & vbi plenariè de possessione cognoscitur, & deciditur, penes quē perpetuò illa sit remansura, tunc plena proculdubiò requiritur probatio, & non semiplena sufficit, & in his terminis benè loquitur argumentum in contrarium adductum: at iste non est casus noster, nam in nostro casu regulariter exceptiones altiorem requirentes indaginem non admittuntur, sed reo agendi ordinariè in petitorio, vel in alio iudicio reseruantur. l. fin. C. quorū bon. Dec. cons. 424. nu. 18. & seq. Afflict. decis. 14. num. 4. & nu. 10. in fin. & hæres in possessionem omnium bonorum per defunctum tempore suæ mortis possessorum mittitur, l. 2. C. quorum bon. etiam si dicta bona defuncto deposita, & commodata fuissent, & in hoc cum hæreditatis petitione id interdictum quorum bonorum conuenit, l. non tantum. ff. de per. hæred. Bald. in l. 1. nu. 10. prope fin. C. quor. bono. meritò, si in iudicio interdicti quorum bonorum semiplena probatio sufficiat. Cagnol. in l. in pari. num. 8. in fi. ff. de regul. iur. secundùm crebriorem Doctorum opinionem, vt decis. Pedemont. 99. num. 27. cùm interdictum quorum bonorum sit merum possessorium, & non plenè alteri parti præiudicet, nimirum est si semiplena tātùm probatio sufficit. Zuchard. in l. fina. num. 83. C. de edicto D. Hadr. tollen. Crau. consil. 158. num. 12. Roland. consi. 75. num. 14. & sequen. lib. 2. Berous quæst. suis famil. q. 71. nu. 6. in fin. & censeo, quòd hęc sit pura & mera veritas, tamen super hoc cogitabis.

Et aduertas, † quòd illa semiplena probatio per vnicum testem fieri non sufficit, nisi ille omni exceptione maior sit, quæ eius qualitas est articulanda & probanda, aliàs succumberet. Zuchar. in d. l. fi. nu. 38. ver. & aduertas. Rol. cons. 50. nu. 16. in fi. lib. 2. 497

Et hæres in suis probationibus faciendis debet semper esse cautus, ne dicat, nec fateatur, se rem pe- 498

pitam possedisse, & ab illa cecidisse: quia hoc interdictum sibi non competeret, text. est ad literam in §. adipiscendæ. ver. si itaque. Inst. de interd. Salic. in rubr. C. quor. bon. nu. 6. circa medium. Alex. in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 2. ff. de acq. poss. & cons. 183. num. 3. lib. 1. Ias. in l. 1. §. veteres. nu. 18. ff. de acqui. poss. & in l. fin. num. 9. C. de edicto D. Hadria. toll. & in §. actionum autem. num. 239. Inst. de act. Pract. Pap. in forma libell. quo. pet. hęred. ex testa. in glo. ac etiam, num. 1. Durant. in tract. de art. testa. tit. 11. caut. 20. nu. 6. Maran. in tract. de ord. iud in 4. part. dist. 7. nu. 5. & seq. Rolan. cons. 75. nu. 20. & seq. lib. 2.

499 Immò plerique hac ratione censuêre, quòd fideicommissario cui per hęredem possessio solo verbo restituta sit, remedium adipiscendæ non competat: sed hoc puto falsum esse. Ias. in d. §. actionum autem, num. 339. & in l. fi. nu. 8. & sequ. & nu. 11. & ibi etiam Dec. nu. 24. in fin. C. de edict. D. Hadr. toll. Rub. cons. 64. num. 1. quare reus omni suo conatu perquirere debet, an probare possit, hæredem quandoq; post defuncti obitum possedisse rem petitam: nam si huiusmodi probationē efficeret, hæres succumberet. Alex. cons. 183. nu. 3. lib. 5. & in hoc quorum bonorum ab hæreditatis petitione non differt. Rolan. cons. 1. nu. 16. lib. 1. & cons. 75. nu. 20. & seq. lib. 2.

500 Et interdictum quorum bonorum pro eadem re, nisi semel intētari potest, pro diuersa autem re benè in-
501 tentatur. Salic. in rub. C. quor. bon. nu. 6.

Sed quæro an existente statuto (vt est Ferrariæ, Bononiæ, & Mediolani) possessionem in hæredem continuari, si hæredi competat adipiscendæ, id est, interdictum quorum bonorum, & remedium l. fina. C. de edicto Diui Hadr. tol. vel potius reintegrandæ? & Doct. qui tenent, quòd adipiscendæ tantùm, & non reintegrandæ hæredi competat, dubium eisdem prima fronte hæc infrascripta ratio faciebat, nam si possessio statuti vigore in hæredem continuatur, hæres igitur possedisse cēsetur. & cùm ita sit: meritò, si remedium adipiscen-

piſcendæ hæredi non competit, cùm quorum bonorũ non detur illi, qui ſemel poſſedit. §. adipiſcendæ. verſ. ſi itaque, Inſt. de interd. tamen hac ratione non obſtante in præſenti articulo Doct. contrarium cenſuêre: nã licèt poſſeſſio iuris ſtatuti miniſterio ſit acquiſita, nõ propter id naturalis poſſeſſio (quæ eſt facti) fuit acquiſita, ergo hæres pro illa recuperanda interdicto quorum bonorum agere poteſt. Bal. in l. ea lege. nu. 10. in fi. & ſeq. C. de cond. ob cauſ. dat. & in auth. defuncto. C. ad Tertull. Iaſ. in l. fi. num. 10. & Dec. num. 26. ver. & eodem modo. C. de edicto D. Hadria. toll. Ripa in l. 1. §. hoc interdictum. colum. 4. ff. quor. bono. Affli ct. deciſ. 299. num. 19. Alex. in l. in ſuis. num. 9. ff. de liber. & poſthum. vbi aſſerit hanc eſſe communem doct. opinionẽ. & idem tenet in l. ſi ſorori. nu. 2. C. de iure deliber. vbi dicit, quòd ſi quorum bonorum hæredi non competeret, reſultaret, quòd ſtatutum in cuius fauorem fuit introductum, in eius odium retorqueretur, contra l. quod fauore. C. de legib. quare ne id abſurdum naſcatur, dicendum eſt, quorum bonorum reſpectu corporalis poſſeſſionis hęredi competere. cuius doctrinam ſequitur Iaſ. in d. l. ſorori. col. 1. primò verſ. limita tamen. & ibi Iaſ. in l. fin. nu. 10. & Deci. nu. 26. verſ. & eodem modo. C. de edicto D. Hadr. toll. Plot. in l. ſi quando. num. 86. C. vnde vi. Alexan. conſi. 83. num. 10. & ſeq. lib. 2. Dec. conſ. 84. nu. 1. verſ. ſed vlterius. & conſil. 588. num. 8. & ſeq. & conſi. 467. ſub num. 3. Curt. Iun. conſil. 108. num. 20. & ſeq. & conſil. 127. in fin. Ruin. conſil. 27. num. 6. lib. 5. Pariſ. conſil. 41. num. 8. lib. 1. Alciat. in tracta. præſumpt. in princip. in tertia part. num. 7. & hanc quoque opinionem ſecuti fuêre antiqui, & Moderni Doct. vt nouiſſimè aſſerit Roland. conſ. 46. num. 34. & ſeq. lib. 2.

Quæ opinio quoque procedit tam in filio, quàm in hærede extraneo, in quem poſſeſſio naturalis ſine apprehenſione non continuatur, l. cùm hæredes. ff. de acquir. poſſeſſ. l. fina. C. de edicto Diui Hadria. tollen. meritò, ſi filio quoque denegatur reintegrandæ, & 502

quorum

quorum bonorum sibi cõcedatur, secundùm receptissimam Doct. conclusionem, vt per Roland. cons. 46. nu. 28. & seq. lib. 2.

503 Et si hæres statuti ministerio remedium reintegrandæ intentare voluerit tamquàm spoliatus, malè ageret, & succumberet. Alexan. in d. l. in suis. num. 9. Ias. in d. l. si sorori. col. 2. vers. secundò limita. Ripa in rubri. extr. de caus. poss. & propriet. num. 24. Curt. Iun. cons. 108. nu. 23. circa medium. & cons. 127. nu. 7. vers. ad prædicta. Ruin. cons. 27. num. 6. lib. 5. Paris. cons. 41. nu. 8. in fin. lib. 1. nam ex tali possessione possessorium recuperandæ non competit, secundùm communem Doct. opinionem, vt per Alciatum in tract. præsumpt. in prin. in 3. par. nu. 7.

504 Immò nonnulli censuêre, † quòd existente dicto statuto, exceptio proprietatis dominijque non admittatur, etiam si incontinenti offeratur probari, cùm in hoc casu interdictum quorum bonorum duplicem sapiat effectum, id est, possessionis recuperandæ, & adipiscendæ. Ripa in rubrica. extra, de caus. posses. & propriet. num. 4. Zuchard. in l. fina. num. 89. in fine. C. de edicto Diui Hadria. tollen. Dec. cons. 84. colum. 2. vers. prætereà. & consil. 588. nume. 12. circa medium. Paris. cons. 41. num. 13. circa medium. libr. 1. Afflict. decis. 297. num. 20. opinionem quorum ego improbo, vt infrà demonstrabo.

505 Alij autem dixêre, † quòd non interdictum quorũ bonorum, sed reintegranda hæredi tantùm competat. Apostillans ad consil. Alexand. consil. 83. sub num. 12. in verbo, A. lib. 2. Dec. cons. 467. num. 16. & seq. Soci. in l. rem quæ nobis. num 13. vers. quarto & vltimo. ff. de acqui. possess. & ibi Soci. duobus mouetur fundamentis, nam licèt actus possessionem transferendi sit fictus, tamẽ vera possessio acquiritur, ac si vera traditio interuenisset, l. certè. §. 1. ff. de precar. ideo hac ratione potius possessorium recuperandæ, quàm adipiscendæ hæredi competit. & posito, quòd hæredi vera possessio non sit acquisita, ficta autem tantùm, tamen dicit ibi

Soc.in loco allegato, quòd adhuc sibi videtur remediũ reintegrandæ pro ficta possessione locum habere, tenendo quod capitulum reintegrãda .3. q.1. in animæ fauorem fundatum sit.

Sed alij putauerunt hanc Socini opinionem esse veram, si possessio vera statuti ministerio in hæredem sit translata: & verè tam respectu ciuilis, quàm & quoque naturalis translata censetur, si statutum possessionem incontinenti immediateque in hæredem scriptũ, absque alia possessionis apprehensione continuaret, alijs prohibendo ne possessionem hæreditariam occupent, & si illi eam acceperint nullius sit momenti: tunc vera possessio proculdubiò in hæredem statuti ministerio transfertur, ita quòd si tertius post defuncti obitum possessionem præoccupauerit, hæredi sua possessione à tertio spoliato contra illum reintegrandæ competeret. Deci.cons.467.num.16.& seq. Paris. cons.41.nu.10.lib 1. Zuchard.in l.fin.num.89.vers.quæ opinio.C.de edicto D.Hadr.toll. Caga.in l.hæredem. nu.23.ff.de reg.iur.Plot.in l.si quando.num.14.vers.secundò quia.C.vnde vi. 506

Verùm Rip qui hanc sentit difficultatem, tantamque Doctorum varietatem: quia aliquando Doct.dicunt, quòd hæredi adipiscendę datur, & aliquando recuperandę, tamquã subtilis ingeniosissimusq; Doctor enixus fuit, velle comprobare, & sustinere, quòd existente dicto statuto hæredi non tantùm adipiscendæ competit, sed & quoque recuperandæ, & sic vtrumque remedium, & hanc opinionem tradit Ripa in l.1.num. 14. ff.quorum bon. sed magis diffusè & eleganter ille hanc approbat opinionem in libr.1. respons. cap.1.nu. 84.& seq. Paris. illam quoque sequitur cons.41.num.8. & 10.lib.1. Zuchard.in l.fina.nume.182.C. de edicto D. Hadria.toll. 507

Et primò ad probandum, quòd adipiscendæ hæredi competat, mouetur ibi Rip. ex illa ratione à Doct. communiter recepta, præsertimque ab illis, qui tenent hæredi tantùm adipiscendæ, & non reintegrandæ com-

dæ competere. & ratio eſt iſta, quia licèt ob ſtatutum iuris poſſeſsio vera ſit acquiſita, non tamen poſſeſsio facti acquiritur, & pro illa adipiſcenda hæredi quorũ bonorum competit. Rip. in libr. 1. reſponſ. cap. 1. nu. 81. & ita Mediolani practicatur, vt aſſerit Deci. conſ. 467. ſub nu. 3. Pariſ. conſ. 41. nu. 8. lib. 1.

508 Ad probandum verò, quòd reintegrandæ hæredi quoq; competat, ſi vult, mouetur Rip. ibi, & dicit, clarum eſt, quòd ſtatutum veram transfert poſſeſſionem in heredem quoq; naturalem corporeamq́ue, & quamuis actus transferendi ſit fictus, poſſeſſio tamẽ vera eſt, l. certè. §. 1. ff. de preca. & ſic lex actum fingit corporeũ in ipſum hæredem fuiſſe, & eſſe continuatum. per tex. in c. contingit. vbi Bal. de dol. & contu. Deci. conſ. 467. nu. 19. ſi vera vtique poſſeſſio in hæredem ſit translata, & deinde ea ab vno tertio fuerit ſpoliatus: meritò, ſi pro illius recuperatione reintegrandę hæredi competat. Pariſ. conſ. 41. nu. 10. lib. 1.

Et poſito quoque quòd vera poſſeſſio corporalis in hæredem per ſtatutũ non ſit translata, ciuilis autẽ tantùm, tamen adhuc ipſe Rip. ibi dicit, recuperandæ hæredi cõpetere, & ratio eſt, nam ciuilis poſſeſſio ius inſiſtendi, cæteroſq; ciuiles effectus producit, & ideo ſi ciuilis poſſeſſor venerit cauſa in ſua inſiſtendi poſſeſſione, & nõ admittatur ab ipſo ingreſſo, proculdubiò illum ſua poſſeſſione ſpoliaret: meritò, ſi pro illa recuperanda interdictum recuperandæ hæredi cõpetat, l. clàm poſſidere. §. qui ad nundinas. ff. de acqu. poſſ. ita concludit Rip. in d. c. 1. nu. 84. in fi. & pluribus ſeq.

Cæterùm ſi quis diceret, quòd hæc duo remedia, id eſt, adipiſcendę, & recuperandæ contraria & incompatibilia ſunt: quia vno conceſſo, neceſſe eſt, vt aliud denegetur.

509 Huic obiectioni reſpondet Rip. vltimo in loco allegato, & dicit id eſſe verum, ſed eſt in ipſius hæredis facultate eligere, quale remedium dictorum duorum hæres intentare velit: quia quando plures hæredi actiones competunt, ipſe eligere poteſt, quam malit, l.

cum

quòd in hæredem.§.eligere.ff.de tribut.l.nemo ex his.§.quoties.ff.de reg.iur. eligendo igitur remediũ quorum bonorum, statuti beneficio renunciare censetur, quod statutum in eius fauorem introductũ fuit, cùm quilibet suo possit renunciare fauori. l. si quis in conscribendo. & ibi Doct.C.de pactis. aliâs sequeretur, quòd illud statutum, quod fuit in hæredis fauorem introductum, in odium illius retorqueretur, contra l. quod fauore.C.de legib. quod minimè dici debet, & propterea concludendum est, in hęredis facultate esse eligere quorum bonorum, prout etiam ita concludit Zuchar.in l.fi.nu.182.C.de edicto D.Hadr.toll.

Si verò hæres recuperandæ vti velit, & tunc statuti beneficio vtitur, & id remedium reintegrandæ quoq; ob statutum hęredi competit, & hoc modo.Rip.approbat, & quoque defendit, vtrumque remedium hæredi competere.

Sed salua pace tãti hominis, mihi videtur nimis absurdum dicere, quòd hæc duo remedia incõpatibilia, & ad se inuicem contraria, ipsi hæredi in vno instanti temporis competere possint: nam concedendo hæredi vnum remedium prædictorum, necessariũ est, quod alterum excludatur, eiq; denegetur, arg. l. cùm prætor.ff. de iud. cùm sint penitùs cõtraria, & nemo possit actum in se repugnantem producere. Ias. in l. naturaliter.§.nihil cõmune.nu.160.ff.de acq.poss.Dec.in l.edita.nu.62. ver.& ad istam regulam.C.de ed.l. vbi repugnantia. & ibi Cagn.ff.de reg.iur. Tiraq.in tract.de iur.constit. in 3.par.7.lim.nu.6.& pluribus seq.meritò necessariò dici debet, quod si recuperandæ hæredi competat statuti vigore, transferentis possessionem ciuilem & naturalem veram in hæredem, quòd non eidem competat interdictum quorum bonorum, quod illi non datur, qui possessionẽ habuit, & à possessione ipsa cecidit.§. pro possessore.ver.si itaque.Inst.de interd.doct.ad id propositum præallegati vt suprà. 518

Non obstat dicere, quòd si adipiscendæ hæredi ob statutum non competeret, sequeretur, quòd statu-

tum, quod in hæredis fauorem introductũ fuit, in eius odium retorqueretur, vt quoque dicebat Alex. in l. si sorori. nu. 2. C. de iur. delib.

Nam huic ego rationi respõdeo, & dico, quòd hæc ratio non multum vrget: nam statutum non hæredi incommodum affert, cùm sine alio discrimine illum possessorem bonorum hæreditariorum prædefuncti faciat, quare hæres non potest in isto casu intentare interdictum quorum bonorum, quòd habenti possessionem denegatur, d. §. pro possessore. ver. si itaque.

511 Dicere, quòd hæres statuti beneficio renunciare possit, erit tanquam si Rip. & Zuchard. dixissent, hæredem beneficio possessionis, & veræ possessioni renunciare posse, si hæres igitur veræ possessioni renunciaret, necessarium est (inuitis dentibus fateri) hæredem possessionem habuisse, cùm priuatio præsupponat habitum, vt not. in l. decem. ff. de verb. oblig. si illam vtique statuti ministerio verè habuit, & ab illa cecidit, meritò si interdictum quorum bonorum hæredi nullo modo competere possit, d. §. pro possessore. vers. si itaque. cùm & quoq; renuncianti non detur regressus ad iura renunciata, l. postquam liti. C. de pact. & sic hoc modo dici non potest, hæredi hæc duo remedia incompatibilia simul & in vno instanti temporis competere posse, sed vnum remediũ tantùm. & profectò tota difficultas præsentis articuli cõsistit, in cognoscendo, an propter statutum possessio vera in hæredẽ fuerit trãslata, nam si ciuilis & naturalis in hæredẽ fuerit translata, hæredi quorum bonorum nõ competeret, sed redintegrandæ tantùm: ergo allegata per Rip. & Zuchard. minimè intentioni nostræ obstant.

512 Si verò possessio vera hæredi statuti ministerio non fuerit acquisita, non erit verum, quòd recuperandæ eidem competat, cùm hęc possesio tantùm ciuilissima dicatur, quæ iuris ministerio absque vlla apprehensione acquiritur. Rip. in rub. extra. de cau s. poss. & propriet. num. 23. & ciuilissima in hoc à ciuili differt: quia ciuilis de per se effectum recuperandæ parit, hæc autem

autem ciuilissima possessio minimè. Rip. in d. Rub. nu. 23. & seq. Paris. consi. 41. num. 7. libr. 1. & ita tenent omnes præallegati Docto. huic opinioni adhærentes, videlicet, quòd reintegrandæ virtute statuti non competat, ergo ex his perspicuè patet, vtrumque remedium hæredi eodem tempore non competere, etiam si hæres voluerit, sed vnum tantum remedium, & propterea Rip. Zuchard. & Paris. malè & perperam loquuti fuere, asserentes, vtrumque remedium in eodem instanti temporis statuti ministerio hæredi competere.

Sed alij Doct. præclarissimi hanc videntes difficultatem, illamque prospicientes, sub verborum inuolucro velamentoque, existimauere se Scyllam nodosamque hanc difficultatem effugere posse, & in Caribdim inciderunt. nam dixere, existente statuto remedium adipiscendæ hæredi competere, & statutum id operatur, quòd hoc in casu interdictum quorum bonorum naturam sapit recuperandæ. Dec. consi. 84. col. 2. versi. præterea. Afflict. decis. 299. num. 20. Durant. in tractat. de arti. testan. tit. 11. Caut. 20. num. 8. prope fi. Paris. cõsil. 41. nu. 13. lib. 1. Rip. in rub. extra. de caus. poss. & propriet. num. 24. Zuchard. in l. fin. nume. 89. in fin. C. de edict. Diu. Hadri. tol. Plot. in l. si quando. num. 91. C. vnde vi. 513

Et dictorum verba Excellentissimorum Doctorum in hac ostendunt materia, illos dubitatiuè locutos fuisse, nesciuisseque discernere, an existente dicto statuto, remedium adipiscendæ, vel recuperandæ hæredi competat. vt ex illorum verbis satis perspicuè perpēditur.

Nam videmus quòd Deci. in d. consi. 84. col. 2. versi. 514
& ideo, dicit aliquando, quòd recuperanda propter statutum hæredi competit, & tamen ibi in princip. tenet, quòd adipiscendæ hęredi datur. similiter Paris. cõsi. 41. lib. 1. quoniam ibi nu. 10. dicit reintegrandam hæredi competere, in princ. & in fi. dictæ dubitationis. & num. 8. concludit, quod interdictum adipiscendæ hæ-

redi competit. item & similiter facit Plot. in d. l. si quando. quia ibi num. 14. in fin. dicit, quod ob statutum recuperanda hæredi conceditur, deinde ibi num. 86. dicit, quòd adipiscendæ competit, & ita faciunt alij commemorati Doctor. vt suprà, ergo ex hac illorum titubatione manifestissimè constat, illos (salua eorum pace) non hanc rectè materiam intellexisse, quia non extitissent tam varij sibimet, prout fuere, cũ hæc duo remedia penitus contraria incompatibiliaque sint, vt suprà sæpe tetigi: quoniam non est verum, quòd respectu statuti interdictum adipiscendæ naturam recuperandæ sapiat, & quòd si proprietatis exceptio opponatur: reusque in promptu offerat se illam probaturũ, non admittatur: nam ab his doctoribus hanc opinionem tenentibus scire vellem, quid operetur statutum in hoc, si recuperanda hæredi denegetur, & si hæredi conceditur, necessarium est, quòd hæredi quorum bonorum non competat, vt suprà dixi. somnium igitur est, & contra adipiscendæ naturam dicere, quòd adipiscendæ statuti ministerio naturam recuperandæ sapiat, & proprietatis exceptio in promptu oblata non admittatur. nam si verum ita esset, erit dicere, quòd hæc duo remedia respectu hęredis personæ, in vno instanti temporis, in vnoque iudicio hæredi competat, quòd erit valdè absurdum, & erit immiscere quadrata rotundis, ob euidentem contrarietatem repugnantiáque l. vbi repugnantia. ff. de regul. iur. ergo non est dicendum, quòd proprietatis exceptio in promptu oblata, in hoc remedio adipiscendæ non admittatur, cum non requirat altiorem indaginem, incontinentique probari possit. Deci. cons. 467. num. 12. versi. præterea, secundùm crebriorem Docto. opinionem, vt per Rip. in l. hoc interdictum. num. 12. ff. quor. bon. & per Afflictum decis. 14. num. 4. & per Paris. cons. 11. num. 18. libr. 2. & vt suprà aliàs dixi. secùs verò erit, si dominij exceptio incontinenti non probari possit, altiorem requirens indaginem, & tunc quoque illa exceptio in iudicio interdicti quorum bonorum reijcitur, in alioqui

iudicio reseruatur.l.fin.C.quor.bonor.Dec.cons.496. nu.14.& sic in hoc (meo quidem iudicio) Deci.Paris. Plot.& cæteri Doct.illam opinionem sequẽtes, hallucinati fuere grauiterque errauerunt, & de tantis viris potest dici illud Horatij dictum, quòd quandoq; bonus dormitat Homerus.

Sed in hac quid igitur erit tam nodosa difficultate 515
tenendum? ego pro huius articuli veritate, & pro cõcordia tot excellentissimorum doctorum censeo, ita distinguendum esse, & mea ex hac distinctione oculata veritas patebit constabitque, omnes Doct. (si in suis paribus terminis iura ad factum adaptauissent) rectè sensisse, beneq; loquutos fuisse.

Dico igitur in primis, quòd existẽte statuto posses- 516
sionem in hæredem continuante post defuncti obitum, si statutum ita simpliciter loquatur, & vnus tertius post defuncti mortem possessionem non apprehẽderit, procul dubio reor, interdictum quorum bonorum & reintegrãdam hæredi non competere. & quòd interdictum quorum bonorum hoc in casu hęredi denegatur, probo, nam interdictum dicitur quasi inter duos dictum, vt not. inst. de interd. in princip. Salic. in rub. C. de interd. in fin. Rip. in rub. ff. quor. bon. num. 2. in quinta differentia, merito si nemine possidente quorum bonorum hæredi non concedatur. Aret. in §. sequens, num. 3. inst. de interd. Rip. vt suprà. cum quoque non detur, nisi aliquis pro hærede vel pro possessore possideat. l. 2. C. quor. bonor. §. adipiscendæ. inst. de interd. si nullus igitur tertius in possessione reperiatur, concludẽter necessario dici potest, quorum bonorum hæredi non competere.

Neque etiam † recuperanda hæredi conceditur, 517
cum nullus sit qui ante illum possessionem bonorum hæreditariorum apprehendit, neque hæres ab aliquo sua fuit spoliatus possessione, prout requiritur in c. reintegranda 3. quęs. 1. tunc autem hæredi prouidetur, vt ipse, antequã in illa à tertio præueniatur, possessio-

 nem

nem propria auctoritate bonorum possessorũ vel detentatorum tempore mortis defuncti per eum apprehendat, & in illam ingrediatur, & in ea quoque insistat. Bald. in fin. num. 3. & ibi etiam Zuchard. num. 107. post alios Doct. C. de edict. Diu. Hadri. tol. Plot. in l. si quando, nu. 93. C. vnd. vi. Durant. in tract. de art. testa. tit. 11. Caut. 20. num. 2. D. meus Socin. Iun. consi. 75. num. 10. lib. 1. cum hæres non leue commodum ex possessione consequatur. §. commodum. Inst. de interd. Durant. in loco allegato vt suprà num. 2.

518 Et si hæres testamentarius vniuersalis erit, nolueritque possessionem propria auctoritate accipere, sed cum iudicis licentia in illam tantum ingredi, prout sibi melius erit, animaduertat hæres, quod quàm citius facere poterit, id faciat, porrigendo testamentum non abolitum, neque in aliqua parte substantiali vituperatum, & tunc iudex hæredem in possessionem mittet, iuxta l. fin. C. de edict. Diu. Hadr. tol. vt tradit Rip. in rub. ff. quor. bonor. num. 1. vers. quinta. Plot. in d. l. si quando. num. 93. si hæres autem abintestato erit, in hoc casu quorum bonorum ei non competit, vt deprehenditur ex rationibus auctoritatibusque prçallegatis, & tunc implorabit iudicis officium, per quod de æquitate hæres in possessionem mittitur. Ias. in l. fin. num. 23. C. de edict. Diu. Hadr. toll. Paris. consil. 22. nume. 67. lib. 1. D. meus Soc. Iun. cons. 75. nu. 17. lib. 1. Rol. consil. 1. nu. 54. & plurib. seq. lib. 1.

519 Et si alius deinde tertius voluerit illũ in dicta possessione ita apprehensa molestare, iudex illum defendere & in illa manutenere tenetur. Deci. consi. 467. nu. 16. & in l. fin. num. 5. in fin. & ibi etiam Zuchard. nu. 102. C. de edict. Diu. Hadr. tol. præceptum pœnale ipsi tertio faciendo, ne hæredem in futurum in dicta possessione molestet, cum reserua tamen iurium ipsius tertij ordinariè in possessorio vel petitorio agendi, si sibi aliquod ius competat, vt tradunt communiter Docto. in l. fin. C. de edict. D. Hadria. toll. & vt in præcedenti tractatu plenè tetigi, & hoc modo hæredi de remedio

magis

magis opportuno faciliorique prouisum est,& hoc in casu concludo remedium quorum bonorum recuperādæque hæredi non competere.

Sed si statutum loquatur simpliciter, in hæredem continuando possessionem, & dico,quòd si antequam verus hæres hæreditatem adiuerit, possessionemq; bonorum hæreditariorum apprehenderit,possessio post defuncti mortem per tertium occupata sit, censeo,qđ hoc in casu possessio (ob tertij impedimentum)in hęredem non sit translata. Ias. in l. si sorori. colum. 2.in princ.C.de iur.deliber.Dec.in l.fin.num.34.Curt.Iun. colum.pen.& Zuchard.num.90.C.de edict.Diu.Hadr. tol.Rip.in l.1.num.37.ff.de acquir.poss. vbi dicit hanc esse receptissimam Doct.conclusionem Alex.consil.83. nu.3.lib.2.Soci.consil.49.nu.3.li.3.Ruy.consi.25.libr.4. Paris.cons.54.num.33.lib.3.Rub. consi.121.num.3.versi. secundò,& num.5.Rol.consil.46.num.34.& seq.libr.2. meritò si hoc in casu hæredi quorum bonorum competat, cum contra hæredem cesset ratio obiectionis continuationis huius possessionis.Ruin.cons. 27.num. 6.lib.5.Rip.in d.l.1.num.37.& alij Doct.præallegati vt suprà. 520

Et quamuis Ias.& Zuchard. vt suprà, velint intelligere ibi, quod adipiscendæ non datur hæredi,si alius ante hæredem in possessionem sit ingressus:tamen dico,quòd si Doctores præallegati loquantur, existente statuto simpliciter tantum possessionem in hæredem continuante, malè & perperam, (meo quidem iudicio)loquerentur,sequereturque,quòd statutum,quod fuit in hæredis fauorem introductum,in odium illius retorqueretur,contra l.quod fauore.C.de leg.vnde ad euitandum hanc absurditatem,necessariò cogimur fateri, hæredi etiam in hoc casu interdictum quorum bonorum competere,& in hoc bene conuenit dicta ratio Alexā. in d.l.si sorori. num.2.& cessat ratio contra Alex.adducta per Zuchard.in l.fi.nu.182.vers. & istud, C.de edict.D.Hadr.toll. 521

At quia possessio in hæredē statuti ministerio sim- 522

pliciter loquentis non continuat, si per tertium ante hæredem apprehensa post defuncti obitum & non ante fuerit. Ias.& Zuchard. vt suprà, qui tertius sua possessione à iudice non est remouendus, nisi eo citato. c. licèt Episcopus. de præbend.in 6. Alexan. consi.83.nu. 12.versicul.videmus,& num.sequ.lib.2. Zuchard.post Deci.& alios in d.l.fin.num.94.& num.103. & si hæres possessionem per tertium præoccupatam propria auctoritate apprehēdere maluerit, sibi malè consuleret. Alex.cons.83.num.8.& sequ.lib.2.Zuchard.in l.fin.nu. 107.& sequ. C.de edict. D.Hadr.tol.meritò necessariò vtiq; cogimur fateri, interdictum quorum bonorum hæredi competere, ne statutum in cuius fauoré fuit introductum, in eius odium redūdaret. contra l.quod fauore.C.de legi.igitur &c.

123 Et si adipiscendæ hæredi non competeret, neque etiam reintegranda eidem concederetur, ex quo possessio in hæredem non continuatur, existente dicto statuto tantum simpliciter loquente.Ias.in d.l.si sorori.colum.2.in princi.Zuchard.in d.l.fin.num.90.Rip.in l.1. num.37.ff.de acquir.posses.Curt. Iun.consil.127.in fin. Roland.consil.46.num.34.& sequ.libr.2.& in hoc casu nō erit prouisum hæredi de remedio ordinario, quòd est valdè absurdum,& si reintegranda hæredi non cōpetat, ex quo statutum possessionem in hæredem non continuat simpliciter loquens, cur hæredi quorum bonorum denegaretur, tamquam remedium reintegrandæ contrarium? Ruinus consil. 26.num.6.versi.nec obstat.libr.5. meritò ex his concludo, hæredem hoc in casu interdicto quorum bonorum contra hunc tertium possessorem agere posse, si iste tertius possessor pro hærede, vel pro possessore possideat, iuxta l.primam. C.quorum bonor.& si pro hærede, vel pro possessore non possideret, aliud remedium adipiscendæ hæredi competeret id est l.fin.C.de edict.D.Hadria.tol.quod pariter est possessorium, dummodo hæres sit hæres vniuersalis testamentarius, cùm tale remedium venientibus ex testamento tantum,& non abintestato competat.

petat. Iaſ. in l. fin. num. 28. verſicul. octauam, & ibi etiam Zuchard. num. 306. C. de edict. Diu. Hadri. tollen. Rip. in rubr. ff. quorum bonor. in octaua differentia. Goza. conſil. 50. nu. 25. vbi aſſerit hanc eſſe communem Doct. opinionem.

Et remedium d. l. fin. contra quemlibet poſſeſſorem etiam cum titulo poſſidentem datur. Bart. in l. fi. nu. 5. circa medium. & ibi Doct. communiter. C. de edict. D. Hadr. toll. Rip. in rub. ff. quorum bon. num. 2. in tertia differentia. Ruin. conſil. 28. nu. 1. libr. 1. Pariſ. conſil. 60. num. 1. lib. 3. 524

Et ſi hæres ab inteſtato ſuccederet, & nullum remedium poſſeſſorium ſibi competeret, tunc per officium iudicis fauorabiliter imploratum in poſſeſſionẽ mitteretur: nam ſi remedium ordinarium hæredi denegatur, tunc remedium eidem extraordinarium conceditur, quod eſt iudicis officium. Iaſ. in l. 1. nu. 8. circa medium. ff. de iuriſd. omn. iudic. Marſ. ſing. 406. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. par. diſt. 7. num. 13. Pariſ. conſi. 60. nu. 1. lib. 3. D. meus Soc. Iun. conſi. 75. num. 14. verſic. vel etiam. & num. 17. lib. 1. & hoc procedit de æquitate, iuxta l. ſi me & Titium. ff. ſi cert. pet. Rol. conſi. 1. nu. 54. & ſeq. lib. 1. 525

Si poſſeſſio autem in vita † defuncti per tertium ſit 526 occupata, nullo modo dici poteſt, defunctum dicta bona tempore eius mortis poſſediſſe vel detinuiſſe: meritò ſi hæredi quorum bonorum non conceditur; cum ſolum detur ad auocandam bonorum poſſeſſionem, quæ defunctus tempore eius mortis poſſidebat. l. 2. C. quor. bonor. Deci. conſil. 424. num. 10. Dominus meus Socin. Iun. conſil. 75. num. 21. lib. 1. & in his terminis loquuntur Iaſ. & Zuchard. præallegati in locis, vt ſuprà, vt declarat Curt. Iun. conſil. 108. num. 23. & conſ. 127. num. 7.

Neque etiam reintegranda hæredi miniſterio ſta- 527 tuti competit, cum defunctus tempore ſuæ mortis dicta bona per tertium illo viuente præoccupata non poſſidebat: meritò ſi in hoc caſu continuatio

possessionis statuti virtute non fit. Alex.consi.83.num. 3.lib.2.Curt.Iun.consil.108.num.21.& seq.& consi.127. num.7.Zuchard.in l.fi.nu.90.vers.quod tamen.C.de edict.D.Hadr.toll.

528 Quam conclusionem puto esse veram, si libellus in hæredis persona formetur: secùs verò erit, si in defuncti persona firmaretur; quia tunc recuperanda hæredi competeret, non statuti ministerio, sed ex eo, quia defunctus à tertio sua possessione spoliatus fuit; ita quòd si libellus in defuncti persona formaretur, reintegrã da hæredi concederetur. Rip.in c.sępe.num.58.de rest. spol.Cagnol.in l.hæredem.num.22.ff.de reg.iur.Plot. in l.si quando.numer. 838.circa medium.C.vnde vi.Apostill. ad lecturam Alexan. in l. si sorori.in verbo.A. C.de iur.delib. Dominus meus Soc.Iun.consi.34.num. 1.in fin.& consil.118.nume.23. libr.3. Dominus quoque meus Cæphal.consil.48.num.41.Rolan.consil.50.nu.6. & num.15.lib.2. & prout in simili dicitur de publiciana. Alexan.consil.4.num.9.& consi.98.num.8.lib.2.Zuchard.in l.fin.num.349.C.de edict.D.Hadr.toll.

529 Sed tu tempera id vltimum in reintegranda procedere, si defunctus, dum viuebat, ab isto tertio sua possessione fuerit spoliatus, ob quam occupationem tertius cum vitio possideret: meritò si reintegranda hæredi contra dictum occupatorem concedatur. Dec.cõsil.467.col.fin.circa medium. Zuchard.in d.l. fin.num. 89.vers.quę opinio.Plot.in d.l.si quando. sub num.838. secùs verò erit, si iste tertius contractus occasione alicuius, cum defuncto in eius vita initi, in possessione reperiatur; nam tunc iustè cẽsetur possidere, siue possessionem ante mortem defuncti., siue post acceperit, dummodo causam iustam titulumque à defuncto habuerit, & hoc in casu arbitror, reintegrandam hæredi non competere, statuto quoque existente possessionẽ inmediatè in hæredem continuante. Curt.Iun.consi. 108.num.21.& seq. & consil.127.num.7.ex quo habebat titulum, merito si possessionem vacantem post defuncti obitum accipere potuit. Decius in l.fin.nu.42.vers. sed

sed ad hoc.C.de edict.Diui Hadr.toll.

Vel & quoque reintegranda hæredi non competit, 53
quando defunctus eo viuente ob eius negligentiam decennio omiserit possessionem ab isto tertio præoccupatam petere: nam tunc culpa & facto suo à possessione cecidit, quæ culpa in omittendo sufficit: merito si reintegranda defuncto non competijt, & successiuè & suo hæredi non competit. Alexand.in l.si de eo. §. forte.num.4.versi.longum autem tempus.ff.de acqu.poss. & consi.6.num.14.lib.3.Soc.in l.rem quæ nobis.num.8. in fin.& seq.ff.de acq. poss. Felin.in c.vigilanti.in sexta lim.de præscrip.& in c.licèt causam.nu.9.vers.limita tamen.& ibi etiam Deci.nu.9. vers. prædicta cõclusio.de probat.Rip.in c.sæpe.nu.27.de rest. spol. Corn. cons.329.colu.7.versi. & si occupatam.lib.1.Curt.Sen. cons.24.nu.4.Ruin.cons.49.sub num.9.lib.4.Paris.consi.112.num.76.lib.1.Dominus meus Soci.Iun.consil.48. num.12.in fin.lib.2.Alciat.in tract.præsump.reg.2.præsump.21.nu.11.vers.sed tu aduerte.Rolan. consi.50.nu. 15.& nu.26.lib.2.

Quam conclusionem puto esse veram, si possidens bona fide possideret; si verò mala fide, secùs erit. Balbus in tract.præscrip.in 4.part.princ. quæst.24.nu.5.in fin.& num.7.in fin.Paris.consil.112.num. 77.& sequen. libr.1.

Vel & quoque si ab auctore malæ fidei causam non habuisset.Roland.consil.72.num.21.libr.2. & quòd reintegranda defuncto non competat post lapsum decẽnij, requiritur, quòd defunctus fuisset præsens & non absens, vidissetque illum possidere, & nihil ei contradixisset, cum reintegranda spatio decem annorum inter præsentes & viginti inter absentes (quo ad priuatas personas) præscribatur. Roland.d.consil.72.num. 21. immo & quoque si defunctus tempore, quo viuebat, fuisset absens, & res vacasset, & à nemine fuisset possessa eo tempore, quo per hunc tertium fuit apprehensa, si per illum suo proprio nomine per decenniũ fuerit possessa, proculdubio reintegranda quoque de-

functo non competijsset, successiuè nec suo hæredi competeret. Roland.consilio 50.nume.26.libro secundo.

531 Si autem statutum simpliciter loqueretur, & contingeret, legatarium possessionem legati sui apprehẽdere ante hæredem post defuncti mortem, si hæres Falcidiam detrahere voluerit, proculdubio legatarius legatum hæredi restituere tenetur. & ratio est in promptu: quia legatarius legatum ex manibus hæredis accipere debet, & hoc in casu hæredi adipiscendæ quorum legatorum competit, quãuis legatarius à defuncto causam habeat. Marant. in tracta. de ord.iud.in 4.par.dist.7.num.10.

Quam conclusionem puto esse veram, si quarta sit incerta, secùs verò erit, si certa sit; nam totum tunc legatum restituere non tenetur, sed illam tantum partem certam. Zuchard.in fin.num.380.versic.limitatur. C.de edict. Diu.Hadria.toll. & maximè, si hæres prætendit Falcidiam tantum velle detrahere: secùs verò erit, si hæres prætenderet velle legatum impugnare: quia dico, quòd hoc in casu totum & integrum legatũ restituere indistinctè teneretur. Rip. in l.1.num.25.ff. quor.legat.

532 Si statutum expresè † possessionem immediatè in hæredem continuaret, siue hæres hæreditatem adiuerit, siue non, aliisque prohiberet, ne illi possessionem defuncti occuparent, & si apprehenderent, illa possessio sit nullius momenti: hoc statuto ita amplissimo existente, dico, quod si vnus tertius post defuncti mortem, & ante hæredem possesionem bonorum defuncti præoccupat, hæredi interdictum adipiscendæ non conceditur, sed reintegranda statuti ministerio, & ex persona sua competit. ego motus sum hac ratiõe; quia statutum loquens eo modo, vt suprà dixi, continuat veram possesionem in heredem, non tantum ciuilem, sed & quoque naturalẽ, & in illum illam transfert, & quamuis actus acquirendi sit fictus, tamen acquisitio vera & propria est. Deci.consil.467.num.17.& vt dicimus

mus de pacto constituti in aliquo instrumento inserto, quod est actus fictus. l. quod meo. ff. de acq. poss. virtute cuius vera possessio ciuilis & naturalis in constitutarium transfertur. l. certè. §. 1. ff. de precar. Ias. in l. non dubitabatur. nume. 133. C. de iure emphyt. Afflict. decis. 139. num. 9. ergo idem dicendum est de statuto tā amplissimo possessionem immediatè in hæredem cōtinuante, quòd possessionem ciuilem naturalemque, veram ac propriam in hæredem transferat. Rip. in l. 1. num. 37. ff. de acqu. poss. & in libr. 1. respons. cap. 1. num. 88. Deci. consi. 467. num. 15. in fin. & seq. Paris. consi. 172. num. 2. lib. 4. Durant. in tract. de art. testa. tit. 6. caut. 42. num. 3. Tyraqu. in tract. de iur. consti. in 2. part. in 1. ampliat. num. 1. & seq.

Et quamuis Tyraquel. ibi disputatiuè loquendo. in contrarium arguere videatur, tamen ibi num. 7. in fin. dicit, communem Doctor. opinionem esse, quòd ex actu ficto transfertur vera propriaque possessio, quam magis communem solet sequi, vt ipse ibi attestatur, eandemque receptiorem affirmat. Ias. in l. si is qui pro emptore. num. 395. & seq. ff. de vsucap. Dominus Riminald. Iun. in §. 1. num. 77. Institu. de don. à qua communi in iudicando & consulendo non est recedendum. si possessio igitur vera propriaque, ciuilis & naturalis statuti ministerio in hæredem transfertur, sequitur necessariò, reintegrandam hæredi competere. Soci. in l. rem quæ nobis. num. 13. versicul. quartò & vltimò. ff. de acquir. poss. Zuchar. in l. fin. nu. 89. vers. quæ opinio. & num. sequ. C. de edict. Diu. Hadria. toll. Plot. in l. si quando. num. 14. propè fin. & num. 838. C. vnde vi. Deci. consil. 467. num. 16. & pluribus sequ. Rip. libr. primo respons. cap. 1. num. 84. in fin. & sequen. Afflict. decisio. 40. num. 14. Tyraquel. in tract. de iur. constit. in prima part. num. 69. 533

Et si Alexand. in consil. 83. num. 12. libr. 2. pro vero habuisset, veram propriamque possessionem, ciuilem naturalemque statuti ministerio in hæredem transferri, prout est secundum magis communem crebriorem- 534

brioremque Docto. opinionem, vt per I yraq. in tract. de iur. constitu. in 2. part. in 1. ampliat. num. 7. in fin. & per Deci. consi. 467. num. 16. & seq. & illam quoque sequitur Apostill..ns ad d. consilium Alexand. 83. in verbo. A. & omnes alij commemorati patres, vt suprà, nulli profectò dubium est, quòd Alexand. in d. consil. 83. num. 12. determinauisset potius recuperandam, & non interdictum adipiscendæ hæredi competere, & sic d. consil. Alexan. magis pro hac parte, quàm econtra faceret.

Et in his quoque terminis voluerunt loqui Doctores, tenentes, hoc in casu interdictum adipiscendæ naturam recuperandæ sapere. Deci. consi. 84. col. 2. versic. præterea. & consil. 467. num. 15. in fin. & seq. Paris. consil. 41. num. 9. & seq. lib. 1. sed vtique melius sensissent, si dixissent, reintegrandam hæredi, & non interdictum adipiscendæ dari, existente possessionis translatione verè & propriè in hæredem statuti ministerio, vt suprà: nam non hæredi adipiscendæ competit, qui à possessione cecidit. d. §. pro possessore. vers. si itaque. Inst. de interd. si adipiscendæ hæredi denegatur, ex eo, quia ab isto tertio sua possessione fuit spoliatus, necessariò cogimur fateri, reintegrādam hæredi competere, quæ est adipiscendæ contraria. Ruin. consil. 27. num. 6. vers. nec obstat. lib. 5. & sic ergo Deci. Paris. & cæteri Doctores dictam opinionem tenentes, rectè sensissent, si aperto ore conclusissent, reintegrandam hæredi competere, & non sub illa verborum nubilitate obscuritateq; loquuti fuissent, videlicèt, quòd hoc in casu adipiscendæ naturam recuperandæ saperet: quia hæc est quædam chimera, & illorum phantasia, & est immiscere quadrata rotundis; cum hæc duo remedia sint penitus contraria, & in eodem libello cumulari nó possint. Bald. in l. incerti. num. 25. vers. 11. C. de interd. Alexand. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 90. & ibi etiam Ias. num. 153. ff. de acquir. possess. meritò concludendum est, illos voluisse dicere, reintegrandam, & non adipiscendæ hæredi competere, secundum magis com-

communem veriorem'que Doct. opinionem, vt suprà dixi, & viua ratione comprobaui, & si modo alio loquerentur, perperam & malè loquuti fuissent, & sine lege, & propterea erubescimus.l.illam.C.de collat.

Et quamuis etiam Ruin.consi.27.lib.5. voluerit defendere in terminis decreti Mediolanensis, reintegrãdam hæredi non competere, contra tertium ingressum in possessionem bonorum, per defunctum tempore eius mortis possessorum vel detentatorum hæreditate iacente, mouetur'que Ruin.ibi, allegans legem fingere non posse, hæreditatem iacentem habere posse ciuilem corporalem'que possessionem; nam hæreditas iacens subiectum non habet, cum quo possessionem corporalem tangere possit, & in id quod per naturam impossibile est, non cadit fictio.§.minorem. Instit. de adop.& vbi veritas locum habere nõ potest, ergo nec fictio.l.qui ad certum.ff.locat.Deci.consi.64.colum.3. circa medium. possessio vtique vera & corporalis in hæredem statuti ministerio non censetur translata, stãte apprehensione illius ante hæredem per tertium facta; ergo nec tacitè translata dici potest, & cum ita sit, necessariò sequitur, reintegrandam hæredi non competere, sed adipiscendæ tantum, & hoc in casu tertius in possessionem ingressus, offerẽs dominium rei possessæ virtute fideicommissi incontinenti probare suũ esse, auditur, & in possessiõe à iudice de iure manutenetur, non obstante statuto Mediolanensi, vt ibi per Ruinum amplissimè hanc opinionem comprobantem. & ita practicatur Mediolani, vt attestatur Alex.consi.82. sub num.4.lib.2. 535

536 Verumtamen non obstantibus per Ruinum adductis, intrepidè hoc in casu censeo, reintegrandum hæredi, & non adipiscendæ competere, vt suprà plenè demonstraui, & dixi, ex quo possessio in hæredem verè, ciuiliter & naturaliter statuti ministerio tam amplissimè loquentis fuit translata, hæreditate quoque per hæredem non adita. legibus auctoritatibusq; preallegatis ad id propositum, vt suprà, à Doctoribus cõ-

muniter

muniter receptis, viuis rationibus per me comprobatis, vt suprà demonstraui.

537 Et exploratissimum in iure est, id statutum valere, & de hoc non est dubitandum. Deci.consil.467.num.3.& num.15.circa medium. Zuchard.in l. fi. nu.88.vers. & est æquum.C.de edict.Diui Hadr.toll.Rip.lib.1.respons.cap.1.num.80.Paris.consil.41. num.5.libr.1.si statutum igitur est validissimum, illud immediatè in hæredem (siue hæres hæreditatem adiuerit siue non) possessionem continuat & transfert, & si alius illam acceperit, vult vt nullius sit momenti, ex cuius verbis comprehenditur, illud voluisse, possessionem veram, ciuilem naturalemque, in hæredem transferre, merito si contra illius possessionis occupatorem, post defuncti obitum apprehensæ, reintegranda, & non adipiscendæ hæredi competat.Deci.cons.467.num.18.& seq. nam illi qui semel possessionem habuit, ab eaque cecidit, adipiscendæ non conceditur. d. §. pro possessore. versicu.si itaque. si hæredi adipiscendæ non datur, resultat necessario conclusio clara, quòd reintegranda hæredi competat tanquam adipiscendæ contraria. Cagnol.in l. hæredem.num.23.& ff.de regul. iur. & vt aliàs tetigi.

Nec quicquam releuat dicere, quòd statutum fingere non possit, vt hæreditas iacens possideat; cum fictio non super eo cadat, quod per naturam impossibile est.

538 Nam huic obiectioni respondeo, & dico, quòd lex fingit hæredem possidere, in eumque possessionem continuare, & hoc modo intelligendo, non erit fictio per naturam impossibilis, cum hæres corporaliter illam apprehendere possit, fictio igitur est secundum naturam; ergo est possibilis; ergo hæc fictio valeret, retorquendo à contrario sensu rationem obiectionis contra Rui. quod argumentum à contrario sensu est in iure validissimum. vt per Scribétes in l.1.ff. de offi.eius. & sic Ruini obiectio ruinat, ratione sua cessante. l. adigere. §. quamuis. ff. de iur. patr. c. cum cessante de appel.
&

& non est absurdum, quod prius efficiatur possessor quam hæres. Zuchar.in l.fin.num.90.vers.quòd credo. C.de edict. Diu.Hadr.tol.

Et præsertim, cum statutum non dicit simpliciter in hæredem; sed dicit: in hæredem immediatè siue hæres hæreditatem adiuerit siue non, possessionem continuari. sufficit ergo, vt hæres sit, licèt hæreditatem non adiuerit, ad hoc vt possessio in illum statuti ministerio continuetur. Zuchard. in vltimo loco præallegato. vt suprà.

Et in eodemmet casu Ruini, & in proprijs terminis contra Ruin.consuluit clarissimus Deci.consi.467. num.15.in fin.& seq.existente validitate statuti, de qua non est hæsitandum. Doctores communiter præallegati. vt suprà.

Et si opinio Ruini fuisset vera, quòd non reintegrãda, sed adipiscendæ tantum hæredi daretur, quid etenim operarentur illa verba in statuto apposita, vbi prohibet, ne alius possessionem occupet, & si apprehenderit, nullius momenti sit, profectò nihil, & essent frustratoriè apposita; quòd equidem dici non debet; cùm † vna syllaba in statuto non sine aliqua o- 539
perandi virtute debeat esse. l.si quando.ff.de leg.1.c.si Papa.de priuileg.in sexto.Paris.consil.66. num.9.libr. 2.Crauet.consil.175.num.8. merito ex dictis verbis necessario fatendum, possessionem in hæredem verè ciuiliter & naturaliter continuari, non obstante quòd fideicommissarius possessionem præoccupauerit. quia illa est cum vitio. Deci.consil.467.num.12. versi.& ista conclusio.& ideò nullius est momenti. Paris. consi.41. num.9.& sequ. libr.1.& maximè in hoc casu, existente statuti validitate, de qua non est ambigendum, vt dixi, & id etiam non negat Ruin.cons.27.num.7.in fin.libr. 1.cum igitur ita sit, resultat conclusio clara, quòd reintegranda, & non adipiscendæ contra possessionis occupatorem hæredi competit. Parisi.consil.41.num. 10.lib.1.

Præterea si opinio Rui.fuisset vera, videlicet quod 540

statutum

ſtatutum non poſſit poſſeſsionem in hæredem ante adi-tam hæreditatem continuare, & ſtatutum Mediolani expreſsè diceret, ſiue adiderit hæreditatem ſiue non: prout dicit ſtatutum Ferrarienſe, ſequeretur deſtru-ctio illius cõmunis opinionis, permittentis quòd per actus fictos vera poſſeſsio ciuilis naturaliſq; ante ap-prehenſionem transferatur. de qua per Iaſ. in l. cum du bitabatur. num. 133. C. de iur. emphyt. per Ruin. conſil. 224. num. 4. lib. 1. & per Tyraq. in tracta. de iur. conſt. in ſecunda part. in prima ampliat. num. 1. & ſeq. & per a-lios Doct. ad id propoſitum prӕallegatos. quòd mini-mè dici debet; cum correctio legum ſit euitanda. Au-thent. quas actiones. & ibi ſcribentes. C. de ſacroſanct. Eccleſ. meritò dici debet, hanc poſſeſsionis continua-tionem ciuiliter & naturaliter ante illius apprehen-ſionem, hæreditatemque etiam non aditam, in hæredẽ ſtatuti miniſterio transferri; cum poſſeſsio ingreſsi illius prӕoccupatoris nullius ſit momenti, & perin-dè habeatur, ac ſi ille in poſſeſsione non eſſet, quo ad hæredis prӕiudicium & quo ad effectum iuris. per verba clara ipſius ſtatuti ita affirmantis. Deci. conſil. 467. num. 18. Pariſ. conſil. 41. num. 9. & ſeq. libr. 1. & ma-ximè ſi ſtatutum diceret: ſiue hæreditatem adiuerit, ſi-ue non. prout ſtatutum Ferrarienſe expreſsè loquitur. Zuchard. in l. fin. num. 90. in fin. C. de edict. Diu. Hadr. toll. cum poſſeſſio igitur ciuilis naturaliſque, vera in hæredem ſtatuti miniſterio ſit translata, illaque à ter-tio iſto prӕoccupata fuerit, meritò ſi reintegranda hę-redi ſpoliato ſua poſſeſſione in illum continuata à ſta-tuto, contra dictum occupatorem competat. Deci. cõ-ſi. 167. num. 16. & ſeq. Pariſ. conſil. 41. num. 10. libr. 1. Zu-chard. in d. l. fin. num. 89. verſic. quӕ opinio. Cagnol. in l. hæredem. num. 23. ff. de regul. iur. Plot. in l. ſi quando. nu. 14. verſ. ſecunda quia. C. vnd. vi.

541 Quӕ concluſio in fideicommiſſario vniuerſali ſibi locum non vendicat, in quem defuncti poſſeſſio ſtatu-ti miniſterio non continuatur; nam fideicommiſſarius eſt hæres fictus, & ideò ſtatutum, quod iuris commu-

nis

nis correctorium est, loquens de hærede, intelligitur de vero & non de ficto. Alex. consf.82.nu.6.libr.2. Rub. consf.121.num.3. Zuchard.in l.fin.nu.93. C.de edict.Di. Hadr.toll. Plot.in l.si quando.num.848.C.vnd.vi.meritò si in fictum & abusiuum hæredem possessio non continuatur, & oportet vt hæres tempore mortis efficax sit, & non ex interuallo temporis fiat. Ruin.consil. 27.nu.5.vers.ad confirmationem. lib.5.Plot.in l.si quãdo.num.849.C.vnd.vi.

Nec in hæredem hæredis possessio continuatur. Rube.consf.121.nu.3.Plot.in d.l.si quando.num.847.& seq. nisi primus hæres ad succedendum fuisset incapax, ex eo, quia fuisset deportatus, vel in ordinem fratrum minorum obseruantium ingressus fuisset; quia hoc in casu ille secundus hæres efficitur primus hæres; merito si in illum possessio statuti ministerio continuatur. Plot.in d.l.si quando.nu.847.in fin. 542

Neque possessio rei feudalis in hæredem continuatur: cum talis possessio iuri personali cohæreat, & ius personale semper à dicto statuto exceptum intelligitur, Rube.consf.121.Curt.Iun.in l.fin.nu.83. C.de edict. D.Hadr.tol. à qua opinione ego valdè dissentio; nam si hæredi adipiscendæ competeret, illius virtute hæres in possessionem mitteretur, etiam si constaret rem esse feudalem, & idem de emphyteutico & de vsufructu, cum tale ius ad hæredes est transitorium: meritò si feudi possessio statuti ministerio in hæredem continuetur & transferatur. Zuchard.in l.fin.num.92.ver. mihi magis. C.de edict.D.Hadr.tol.& si à tertio dicta possessio fuisset apprehensa, illa erit nullius momenti; quia statutum ita expressè dicit. Deci.consil.467.nu. 16.& seq. Parisius consi.41.num.9.lib.1.& hæres statuti ministerio contra dictum occupatorem remedium recuperandæ intentare poterit, vt sup.dixi, cum tale statutum hæredi est fauorabile, Zuchard.in l.fin.num.88. C.de edict.D. Hadr.toll. 543

Sed existente dicto statuto, duo se prætendunt defuncti hęredes esse, & in vno instanti possessionem re- 544

rum hæreditariarum occupant; quamuis vnus in effectu sit verus hæres, & alius non, & statutum prohibeat, ne alius possessionem occupet, & si illam occupauerit, nullius momenti sit: dico, quod si ambo prætendant pro hærede, & non pro alia causa possidere, non obstante statuto possessionem annullante, nisi sit hæres; ille qui prætendit se hæredem esse, licèt de titulo suo non probet, obtinebit, si suam probabit possessionem antiquiorem esse; quia hoc in casu interdictum retinendæ sibi locum vendicat. Berous quæst. suis famil. q.71.nume. 4. vbi loquitur in terminis statuti Bononiensis possessionem in hæredem continuantis. & concludit Berous, vt suprà. Et Addit. ad tract. D. Alciat. de præsumptionibus. in princ. in tertia part. num.7. in fi. dicit; quòd hoc in casu interdictum vti possidetis ita quotidiè in Francia practicatur. & ratio quippè in promptu est; quia in interdicto vti possidetis, vbi materia solum est possessoria, proprietatis quæstio nō admittitur. Alexā. in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 10. ff. de acqui. poss. Rip. lib. 1. respons. cap. 1. num. 94. D. meus Soci. Iun. cons. 126. num. 7. libr. 1. nisi probationes vtriusque partis sint æquales; nam tunc titulus admittitur & prodest, & ille, qui titulum non habet, succumbit. Bart. in l. si duo. in princi. ff. vti poss. Dec. post Scribentes ibi in c. licèt causam. nu. 9. versi. quartò. de probat. Rip. in d. §. nihil commune. num. 99. & seq. Rui. consi. 67. num. 5. circa medium. lib. 5. Paris. consil. 107. num. 77. & 80. lib. 1. Berous quæst. suis famil. q. 71. num. 6. cum dicti duo igitur prætendant se hæredes esse, & in vno instanti temporis defuncti possessionem occupauerint, merito necessarium est, vt probationes illorum (quo ad possessionem) sint æquales, & cum ita sint, si verus hæres titulum probaret, & alius non; dico quod verus obtineret; cum possessio defuncti in hæredem statuti ministerio continuetur & non in fictum abusiuumque hæredem. Ruin. consil. 27. num. 5. versic. ad confirmationem. libr. 5. Plot. in dict. l. si quando. num. 849.

Si

Si autem non constaret, quis horum duorum possessionem prius occupasset, probationes illorum quo ad possessionem igitur sunt pares, meritò si ille, qui probat titulum, præferatur alij titulum non habentis cumq; possessio defuncti ministerio statuti in hæredē translata censetur. Addit. ad tract. D. Alci. de pręsump. in 3. part. nu. 7. & sic erit quo ad possessionem priorē, meritò verus hęres obtinet, & abusiuus etiam in interdicto vti possidetis succumbit. Doctor. communiter prææallegati vt suprà.

Immò censeo, quòd in omnibus prædictis casibus 545 indistinctè verus hęres victoriam in interdicto quoq; vti possidetis sit reportaturus, si statutum possessionē in hæredē scriptum immediatè continuaret, siuè hæres hæreditatem tēpore occupationis illius possessionis adiuerit, siuè non, & si alius illā apprehēderit, nullius sit momenti. si hæres igitur abusiuus fundare se voluerit in statuto possessionem in hæredē continuante, id minimè facere poterit; cū statutū possessionem in verū hæredem, & non in abusiuum cōtinuet. Plot. in d. l. si quando. nu. 849. si hæres verò abusiuus se in possessione per illum post testatoris mortē pręoccupata fundaret, id minimè facere potest. & eidem nō prodest, ex quo illa perinde habetur, ac si non extaret quo ad effectum iuris, & ad hæredis pręiudicium. Deci. cons. 467. nu. 18. Paris. cons. 41. num. 9. & seq. lib. 1. possessio igitur veri hæredis statuti ministerio est antiquior, merito si verus hæres in interdicto vti possidetis obtineat, & in hoc casu interdictum vti possidetis in Regno ita Galliæ practicatur. vt attestatur Addit. ad tract. D. Alci. de præsump. in prin. in 3. par. sub nu. 7.

Neque prædictæ conclusioni obstat illud, quod dixit Berous quæst. suis famil. q. 71. nu. 4. & seq.

Nam dico, quòd allegata per eum ibi in suo casu 546 procedunt, existente statuto Bononiense simpliciter de hærede loquente. nam sufficit se hæredem defuncti prætendere, ad hoc vt statuti verba in illo verificentur: sed non ita est in casu nostro, vbi statu-

tum requirit, quòd hæres ſit ſcriptus; cum occupator hæres ſcriptus non ſit; quia eſt abuſiuus, at verba ſtatuti abuſiuo hæredi non conueniunt, ergo nec illius diſpoſitio. l. 4. §. totiens. ff. de damn. infecto. & cum ſtatutum loquatur cum certa qualitate, ad hoc, vt illud locum habeat, neceſſe eſt, illam qualitatem per allegantem ſtatutum, & in eo ſe fundantem verificari probarique. Barto. in l. 1. ff. de cond. ex lege. & in l. 1. §. ait prætor. ff. ne quid in flum. publi. Alexã. conſ. 88. num. 2. lib. 4. Deci. conſ. 434. num. 3. Pariſ. conſ. 62. num. 38. lib. 4. D. meus Socin. Iun. conſ. 72. num. 22. lib. 2. Crauet. conſ. 313. num. 1. verſ. dico. Plot. in l. ſi quando. nume. 355. C. vnd. vi. ſed ſic eſt, hæc qualitas hæredis ſcripti in hærede abuſiuo non verificatur, ſed in hærede tantum verò ſcripto, merito ſi poſſeſsio ſtatuti miniſterio non in hæredem abuſiuũ, ſed in verum tantum ſcriptum cõtinuatur. & cum ita ſit, ſi poſſeſsio veri hæredis probaretur antiquior, ergo verus hæres in hoc interdicto vti poſſidetis obtineret. Doct. communiter præallegati, vt ſuprà, & iſte eſt finis huius articuli & quoque præſentis tractatus.

Finis Tractatus Interdicti Quorum Bonorum Achillis Perſonalis.

TRACTA-

TRACTATVS DE PETITIONE HAEREDITATIS

D. ACHILLIS PERSONALIS I. C. MIRANDVLANI.

DECLARATO finitoque tractatu interdicti quorum bonorum, & † quomodo in iudicio 547
deducatur, practiceturque, nũc superest, quòd materiam petitionis hæreditatis tractem, quę multis in casibus cum interdicto quorum bonorum conuenit; quamuis in plerisque quoque casibus differat. glos. est, & ibi Scribentes in rub. C. quor. bon. Bart. in l. 1. num. 4. ff. quor. bono. Salic. in l. 1. num. 10. C. eod. titu. conuenitque etiam in hoc, quod sicuti quorum bonorum hæredi tam ex testamento, quam abintestato succedenti competit, vt in præcedẽti tractatu dixi, ita & petitio hæreditatis. text. est cum glos. in l. 1. ff. de pet. hæred. Pract. Pap. in forma libell. pro hæred. abintestato. in glos. 1. num. 1. & vt infra satis plenè dicam: num. 406.

Petitioque hæreditatis fit, vbi reus domicilium ha 548
bet, licèt res hæreditariæ ibi non reperiantur, ad differentiam possessorij adipiscendæ. l. vnica. C. vbi de hæred. agitur. & ibi gl. Bart. Bal. Salic. & Ang.

Et libellus in hæreditatis petitione hoc modo for- 549
matur, dico quòd necesse est, vt actor narret, Gaium patrem suum de tali mẽse & anno ex hac vita migrasse, & se illius hęredem esse vel ex testamento vel abintestato, secundum quod casus continget, & dictum Gaium possedisse vel detinuisse petias terrarum, de quibus in calce libelli, vsque in tempus mortis illius, &

illas in hæreditate patris sui remansisse, quas Titius sine aliquo iusto, vel saltem valido titulo tenet & occupat; quarè petit per vos iudicem, & eius officium fauorabiliter imploratum pronuntiari, & declarari, se esse hæredem dicti Gaij sui patris, & dictum Titiũ detentatorem ipsarum petiarum condemnari, ad relaxãdum & restituendum sibi hæredi dictas petias terrarum, simul cum fructibus perceptis & percipiendis, petens sibi super præmissis omnibus & singulis ius & iustitiam ministrari &c. omni mel. modo &c.

150 Et quamuis pleriq; velint, quòd hęres in libello exprimere non teneatur, an sit hæres ex testamento vel abintestato. Aret. in §. actionum autem. num. 104. vers. vel etiam. & ibi Ias. nu. 237. Instit. de act. Alex. in l. 1. nu. 20. & ibi etiam Ias. num. 29. ff. de ed. post Bart. ibi num. 7. Ang. in l. si hæreditatem. nu. 1. ff. de pet. hæred. & cõs. 161. num. 1. Alex. cons. 183. num. 1. & cons. 184. num. 1. lib. 5. Ruin. cons. 160. num. 1. lib. 5. Io. de Am. cons. 120. num. 4. Roland. cons. 48. num. 6. lib. 1. nisi iudex viderit causa cognita multum rei conuenti interesse; quia tunc hęredem cogere poterit ad declarandum, an sit hæres Gaij prædefuncti abintestato vel ex testamento. Bart. in l. 3. ff. de pet. hæred.

Alij autem contrarium censuere, quod immo hęres suam teneatur exprimere qualitatem, videlicet, an hæres; ex testamẽto vel abintestato sit. Ias. in §. actionum autem. num. 214. Instit. de acti. & Aret. quoque non sine quarè in l. hęreditatem. num. 1. ff. de pet. hæred. & in d. §. actionum autem. num. 104. ponit in forma præsentis libelli, quòd hæres dicat, an sit hæres ex testamento vel abintestato; quæ qualitas in libello est necessaria, prout & quoque illam ponit Specul. in titu. de iud. in quarta part. §. 1. num. 1. & seq. Pract. Papi. in forma lib. pro hæred. ab intestato; quæ opinio quoque mihi placet, de iureque verior videtur, & maximè reo opponente libelli generalitatem, instanteque iudicem actorem compellere, ad declarandum an sit hæres ex testamento vel abintestato, interrogationi cuius respondere

ſpondere tenetur. Angel.in l.fin.nu.6.C. de codic.nam multum rei conuenti intereſt. Bart. in l.3.ff.de pet.hæred.ad hoc vt reus poſſit deliberatè reſpondere, an cedere vel contendere velit. iuxta text.l.pen.ff.de ed.& ibi Scribentes communiter.quam deliberationem maturè minimè facere poteſt, ſi cauſam ignoret, per quã actor declarari velit, ſe Gaij hæredem eſſe. nam ſi actor allegaret hereditatem Gaij ex teſtamẽto ſibi pertinere,reus forſitan ſciret,ſi illud teſtamẽtum eſſet inofficioſum vel inutile inualidumque,& deliberatè reſpondere poterit,an velit cedere vel contendere. quã deliberationem facere non poteſt,ſi certa cauſa in libello non exprimatur, quæ debet eſſe habilis, ex qua inferatur concluſio certa ad condemnationem, & ideò libellus debet eſſe certus.l.1. & ibi Doct. ff.de ed.& maximè quia hic de proprietate & non de poſſeſſione contenditur, quarè facta igitur dicta declaratione, ſi deinde alia cauſa in iudicio apta probaretur, non tamen ſuper illa ſequeretur condemnatio. Iaſ. poſt Docto.in l.1.nu.37.ff.de ed.& in proprijs terminis ita tradit D.meus Soc.Iun.conſ.44.lib.3.

Hincque illa ſurrexit practica,quòd cum iudex ex vna cauſa videat malè pro actoris parte actitatum fuiſſe, & ex actis conſtaret, quòd ex alia cauſa bene agere poterit, abſoluit reum ab obſeruatione præſentis iudicij, ſaluo actori iure iterum ex alia cauſa in alio iudicio agẽdi.c.examinata. & ibi omnes Canon. extrà de iud.Bal.conſ.338.nu.6.lib.5.Caſt. conſ.65. nu.1.lib.1. Iaſ.in d.l.1.nu.39.Afflict.decis.60.num.4.Cagn.in l.lecta.nu.178.ff.ſi cert.pet. 551

Et propterea procurator rei cõuenti debet eſſe cautus, & contra libelli generalitatem ſemper excipere, inſtareq́;,vt actor interrogetur,an ſit hæres ex teſtamẽto,vel abinteſtato,ad hoc vt deliberare poſſit, an velit cedere vel contendere.ſecùs verò erit,ſi reus generalitatem libelli non exciperet; nam tunc libellus ſuſtineretur & valeret. l.1.in fi C.de annal.excep. Bar.in l.1.nu.15.& ibi etiam Iaſ.poſt Docto.ff.de ed.idem Iaſ. 552

in l.cum quid.num.32.ff.si cert.pet.Ange. in l.fin.num. 6.C.de codicil.Vant.in tractatu de nullit.in titu.ex defectu processus.num.26.& in his terminis bene censeo loqui Doctores primam opinionem tenentes.

553 Et in libello quoque dixi, quòd hæres petere debet se declarari hæredem, aduersariumque sibi ad restituendum cogi. Barto.in l.3.ff.de pet.hæred.& in l.1.num. 4.ff.quor.bon.Ang.cons.161.num.1.Alexã.cons.183.nu. 1.lib.5.Ias.in l.1. nu.29.ff.de eden. sed ego arbitror sufficere posse, quod concludatur pronuntiari declararique, hæreditatis partem vel totam sibi tanquam hæredi spectare vel pertinere; nam ex eo solum, quod actor petit hanc restitutionem vt hæres sibi fieri, tacitè censetur declarare, se Gaij hæredem esse. Aret.in §.actionum autem.num.104.in fin. Instit.de act. Dec.in l.1.nu. 25.vers.sed ista saluatio. C.de ed. Roland.consi.90.nu. 4.lib.2.sed ego ab initio laudarem, ad euitandum Doctorum opiniones, quod expresè petat, se hæredem declarari, vt in libello dixi.

554 Et natura libelli propria in hæreditatis petitione non est, quòd petatur reum condemnari ad restituendum hæreditatem, sed petatur declarari actorem esse hæredem, iudicisque officio reum condemnari, ad restituendum quicquid de hæreditate possidet.l.licèt. ff.de pet.hæred. Alexan.& ibi Docto. in l.1.num. 20.ff. de eden.

555 Et sufficit petere hæreditatem, absque eo quòd res hæreditariæ specificentur. nam in iudicijs vniuersalibus libellus generalis absque rerum expressione sufficit.glos.est in l.1.ff.de ed.quæ ibi à Bart. Alexã. num. 20.& ab alijs Doct.communiter est recepta. Ias. in §.actionum autem.num.215. Institu.de acti. Pract.Papi.in forma libel.in act.real.declar.in glos.1.num.12. sed satis est quod tempore executionis res hæreditariæ exprimantur & liquidentur, Barto.in l.edita.in princip. vers.contra hoc oppo. & ibi etiam Alexan. num.5.Ias. sub num. 12. & Deci. sub num.25. C.de ed.l.4.ff.de pet. hæred.Felin.in c.in præsentia.num. 3.& ibi etiam De-

ci.

ci.num.3.deprobat.idem Deci.consil.322.num.3.vers. tertio. & ideo quoque in his iudicijs vniuersalibus sententia generalis sustinetur. Vant.in tract. de nullit. in tit.ex defectu processus.nu.106.

Quæ conclusio limitatur non procedere, quando 556
res hæreditariæ particulariter & expresse in libello sunt specificatæ; quia si aliæ res post litem contestatam reo conuento superuenerint, hæres illas libello addere non poterit: nam additio vel diminutio alicuius rei post litem contestatam non fit, sicuti non fit in alijs singularibus iudicijs. Specul.in tit.de libello.concept.§. nunc ostendamus.sub num.1.Bartol.in l.edita.in prin. in versic.contra hoc oppo.& ibi etiam Salice. num.11. versic.circa primum.Alexan.num.5.Ias.num.11. versic. prima est.& num.seq. & Deci.num.25.C.de ed.nisi dictæ aliæ res in libello non specificatæ hæredi per ius accrescendi obuenerint; quia dico, quòd hæres illas addere poterit.non obstante litis contestatione.Deci. in d.l.edita.num.25.in fin.

Alij autem contrarium existimauere, quòd immò si 557
in libello petitionis rem particularem specificaret & peteret, & aliæ res ante condemnationem reo conuento obuenerint, quæ sint hæreditariæ, illas vsque ad sententiam libello suo addere poterit non obstante litis contestatione. gl.est in l. edita. in verbo.emendari.C. de ed. Alexād.in l.1.num.20.ff.de ed.vbi dicit hanc esse communem Doct.opinionem, & iura sunt expressa in l.4.in l.si quo tempore.ff.de pet.hær.in quibus iuribus habetur, quòd controuersia de vna re tantum erat, & tamen ibi dicitur, quòd si aliæ res reo conuento superuenerint, ad restitutionem etiam illarum rerū superuenientium teneretur.

Sed his non obstantibus non recedas in iudicando & consulendo à prima opinione de iure vera, & communiter recepta. & ego hac ratione moueor. nam si res particularis in libello specificatur, iudicium est singulare, & non generale, & idem iudicatur quod de singulari ob rationis identitatem. sed sic est, in iudicio

singulari, res non veniunt, quæ post iudicium cęptum reo obueniunt. l. non potest. ff. de iudi. ergo nec in isto iudicio particulari petitionis hæreditaris.

Non obstant iura in contrarium allegata: nam dicta iura loquuntur, quando petitio hæreditatis generaliter contra possidentem vnam rem tantum hæreditariam absque rei specificatione intentatur, & hoc expressè dicit text. in d. l. 4. quia ibi non dicitur, si petam vnam rem, sed dicitur, si petam hæreditatem: & sic d. l. 4. loquitur generaliter, quãdo actor generaliter peteret porrigeretque libellum petitionis hæreditatis absque specificatione rei contra possidentem vnam rem hæreditariam, merito si ille reus, quòd deinde cęperit (post litem contestatam) possidere, restituet, & in hoc casu rerum additio vel diminutio libello vsque ad sententiam de iure permittitur, Docto. communiter in prima opinione præallegati. secùs verò erit, si specificatio vnius particulariter rei in libello facta sit; quia tunc iudicium iudicatur singulare, non generale; meritò si hoc in secundo casu additio libelli post litem contestatam actori fieri non permittatur. d. l. nõ potest.

558 Et dico quoque, quòd liquidatio rerum hæreditariarum in executione de iure hæredi non conceditur, & ratio est; quia si sententia condemnatoria particularis sit, ergo & illius executio debet esse particularis, sed generalis executio fit quando generaliter petitio hæreditatis contra reum fuisset intentata, sine aliqua rei particularis hæreditatis specificatione, & tunc sufficit generalis condemnatio. meritò si hoc in casu liquidatio rerum hæreditariarum (quæ iudicis officio fit) de iure permittatur. Scribentes communiter in l. 1. ff. de ed.

559 Et aduertas tu hæredis procurator, quòd hæreditatis petitionem reique vendicationem non cumules: quia istæ duæ actiones in eodem libello simul intentari non possunt. Bald. in l. si post. num. 6. C. de pet. hæred. Castren. in l. regulariter. num. 13. ff. de pet. hæred.

Pract.

Pract.Pap.in forma libel.pro hæreditate abintestato. in gloss.1. num.10. Ias.in l.vt responsum. num.2. C.de transact. & præsertim ad eandem rem. Bald. in d.l.si post.nu.6.Alex.consil.182.num.6.lib.5.& consi.89.nu.2. libr.2.Ruin.consil.160.num.2.libr.5.Roland.consil.48. num.7.lib.1.

Sed si hæreditatis petitio pro vniuerso proponatur,& rei vendicatio pro re specificata certa, benè in hoc casu admittitur cumulatio;quia istæ actiones non ad idem proponi videntur. Bald. in d.l.si post.num. 6.Pract.Pap.in form. libell. pro hæred. abintestato.in gloss.1.num.10. Deci.in l.edita. sub num.63. C. de ed. Crau. consil.16. sub nu.8.& in his terminis dico loqui Soc.in tract.suo fallentiarum in reg. 206.in prima fallentia,vbi dicit,quòd rei vendicatio petitioq; hæreditatis in eodem simul libello cumulari possunt.

Vel & harum quoque duarum actionum cumulatio admittitur,quando cumulationis exceptio per reum ante litem contestatam non sit opposita: secùs verò erit si dicta exceptio cumulationis proponeretur: quia tunc cumulatio dictarum actionum non admittitur.Bald.in d.l.si post.num.6. Francisc. de Aret.cons. 103.num.4.Alexã.consil.89.num.2.lib.2. Rip.in l.naturaliter.§.nihil commune.num.177.& 179. ff.de acquir. possess.

Vel & si narratio in rei vendicatione in petitioneque hæreditatis sit facta, sed conclusio in hæreditatis tantum petitione sit, libellus de iure sustinetur & valet.Bald.in d.l.si post.nu.6.Castr.consil.138.col.1.in fin. lib.2.in nouis.

Valet & quoque cumulatio, si hæc duo remedia cõditionaliter intentantur.Ias.in l.1.num.9.C.de inoffic. testa. Rip. in l.naturaliter. §.nihil commune.num.180. in fin.ff.de acq. pos.

Vel & libellus etiam sustinetur, si clausula super quibus &c. in fine libelli sit apposita. Ias. in §. omniũ. num.148,Instit.de act.Franc.de Aret.consil.103.num.4. vers.3.

Sed

560 Sed hanc vltimam fallentiam non audeo tam simpliciter affirmare: nam quamuis hæc clausula super quibus &c. sit vtilissima, non tamen libellum à contrarietate defendit. Ias. in §. omnium. num. 152. Insti. de act. Rip. in l. naturaliter. §. nihil commune. num. 178. ff. de acquir. poss. Capit. decis. 96. num. 6. & 8. Alex. consi. 96. num. 7. & consil. 110. num. 2. lib. 5. Soci. consil. 122. nu. 2. lib. 4. Deci. cons. 62. num. 2. versi. sed tamen ad hoc. Paris. consi. 7. num. 21. & cons. 131. num. 11. 16. & 17. libr. 1. & prout quoque dicitur de clausula omni meliori modo &c. quæ hanc petitionis hæreditatis reiq; vendicationis cumulationem non sustinet potestatis defectu. Rolan. cons. 48. nu. 7. lib. 1.

561 Quam conclusionem limito non procedere in casibus, in quibus sola facti veritate inspecta proceditur, virtute cuius clausulæ, iudex manū regiam habet: meritò si sententia super inepto prolata valeat, & de iure sustineatur. Franc. de Aret. cons. 103. num. 4. vers. tertio. Rip. in d. §. nihil commune. num. 181. & si actor in hoc casu vnam causam in libello deduxerit, & vnam aliam in processu probauerit, in illa probata obtinebit. Alexā. in l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. nu. 8. & ibi etiam Ias. nu. 33. ff. de verb. oblig. Mars. sing. 272. Gramm. decis. 103. num. 141.

562 Et quamuis † hæreditatis petitio & rei vendicatio æquiparantur. l. si autem. §. sed & is. ff. de rei vend. Ias. in d. §. nihil commune. numer. 92. tamen dico, quòd dictæ actiones non simul cumulantur, prout querela inofficiosi testamenti, quæ simul cum petitione hæreditatis in eodem libello non intentatur. Ias. in l. 1. num. 1. & sequ. C. de inoffic. testam. & si fideicommissarius sit vniuersalis, hæreditatis petitione conueniri non potest, sed prius contra fideicommissarium querela inofficiosi testamenti est agendū, & testamento per querelam rupto, fideicommissarius pro hærede possidere censetur: meritò si tunc eo tempore, & eo casu contra illum petitio hæreditatis de iure permittatur, secundùm communem intellectum l. 1. C. de inoffi. testamē. à glo.

à glo.Bartol. Bald.Salic. Ang.& à Iaſ.ibi in principio communiter receptum, qui omnes hac vnica mouentur ratione:nam querela intentari non poteſt, niſi hæreditate prius per ſcriptum hæredem adita. l. filiusfa. §.ſed cum exhęredatio.ff.de bonorum poſſ.contra tab. petitio autem hæreditatis hæredi vero contra poſſidẽtem pro hærede, qui non ſit hæres, vel pro poſſeſſore competit: ergo hæc duo remedia in eodem libello ſimul cumulari non poſſunt.Iaſ.in l.1.nu.8.vbi poſt Doćto.C.de inoffic.teſtam.

Quæ concluſio limitatur non procedere, ſi dictæ duæ actiones in eodem libello conditionaliter proponantur,& dicatur hoc modo, videlicèt, peto teſtamentum rumpi:quia eſt inofficioſum,& eo rupto hæreditatem reſtitui, vt edocet gloſſ. in l. qui de inofficioſo.in verbo.Exercere.in fin.ff.de inoffic.teſtamen. quam opinionem ſequitur Salic. in l.1.num.3.in fin.C. de inoffi.teſtam.& ibi etiam Iaſ.num.9. Alex.conſi.52. num.8.in fin.lib.2.Caſtr.conſil.95.num.2. libr.2.in nouis.Rip.in d.§.nihil commune.nu.180.in fin.Zuchard. in l.fin.num.175.& ſequ.C.de edicto D.Hadr.toll.Cagnol.in l. vbi repugnantia.col.fin.verſ.ſextò lim.ff.de regul.iur.non obſtante quicquid dixerint, Ang.in l.1. num.6.C. de inoffi.teſtam.Cagnol. in rub.ff.de inoffi. teſtam. num.12.ob doctrinam Guiliel. de Cun.in d.l.1. quia illorum iura,per eos ibi allegata,loquuntur, quãdo abſolutè & non ſubordinatè conditionaliterque dictæ actiones proponuntur, prout loquitur l. gemma.ff.ad exhiben. ſecùs verò erit, ſi ordine ſucceſſiuo & conditionaliter querela inofficioſi teſtamenti petitioque hæreditatis ſimul in eodem libello cumulantur: nam hoc in caſu illarum cumulatio de iure permittitur, libelluſq; ſuſtinetur & valet, ex quo petitio hæreditatis in tempus permiſſum confertur. Salic.in l.1.num.3.in fin.C.de inoffic. teſtam.

Verùm quoque † ſi diſputatiuè loquendo tenere vo- 563
lueris, quòd immò querela inofficioſi teſtamenti & petitio hæreditatis in eodem libello principaliter &

ſine

sine conditione simul cumulari possint, pro suo fundamento adducere poteris tex. in l. 1. C. de inoffi. testa qui text. ibi dicit, quòd filio querela inofficiosi testamenti contra fideicommissarium competit, & fideicommissarius tenetur, ac si proinde pro hærede vel pro possessore possideret. ecce quòd istæ duæ actiones ibi adæquantur & æquiparantur, per illam dictionem perindè: quæ perfectam denotat similitudinem. Ias. in d. l. 1. nu. 3. Deci. consi. 361. num. 4. Plot. in l. si quando. nu. 235. C. vnde vi. & si æqualitas illarum actionum identitasque non extaret, profectò Iustinianus Imperator ibi in d. l. 1. non hanc effecisset illationem, arguendo de fideicommissario ad possidentem pro hærede vel pro possessore, inferendo querelam inofficiosi testamenti ad hæreditatis petitionem, cum ex diuersis non fit illatio. l. Papin. exuli. ff. de min. l. naturaliter. §. nihil cómune. ff. de acq. pos. si illatio igitur ista ab Imperatore fiat, sequitur conclusio clara, quòd querela inofficiosi testamenti petitioni hæreditatis nō sit contraria. similis áutē bene; ergo cumulatio harum actionum de iure in eodem libello fieri permittitur, & fieri potest; cū ratio Doctorum in contrarium tenentium cesset, ergo & illorum conclusio. l. adigere. §. quamuis. de iu. patr. c. cum cessante. de app.

Et ad quid etenim Imperator in d. l. 1. ibi dixisset & arguisset, querelam contra fideicommissarium accommodari posse, perinde ac si pro possessore vel pro hærede possideret, si per prædicta verba significare noluisset querelam inofficiosi testamenti similitudinem cum hæreditatis petitione quādam habere? certè nihil; cum ad querelandum testamentum non requiratur fideicommissarium pro hærede, vel pro possessore possidere, sed illum tantum hæredem verum in testamento scriptum esse, & hereditatem adiuisse. l. filium. §. sed cum exhæredatio. ff. de bo. poss. contra tab. illa igitur verba: pro hærede vel pro possessore. in d. l. 1. à Iustiniano Imperatore ibi apposita essent superflua, & nihil operarētur, & de vento nobis seruirent; quòd non

non ita existimari debet, cum nulla equidem in legib⁹ syllaba debeat esse superflua otiosaque, & sine aliqua operandi virtute. l. si quando. ff. de leg. 1. ca. si Papa. de priuil. in 6. attento maximè, quòd omnia superflua à Iustiniano Imperatore resecata fuere. §. quibus in prima Const. C. quarè igitur ad effugiendum hanc superfluitatem ingenuè fateri debemus, Imperatorem ibi ex dictis verbis intelligere voluisse, quòd sub querela implicitè hæreditatis petitio comprehendatur; sed sic est, ergo istæ duæ actiones in eodem libello absolutè indistincteque cumulari possunt.

Et hoc modo intellecta illa dictio, Perinde, in d. l. 1. 564
à Iustiniano posita ibi staret propriè, & non erit interpretanda, id est exinde: cum dictio, Perinde, perfectam, propriamque denotet similitudinem. Ias. in d. l. 1. num. 3. vbi allegat multa ad id propositum conferentia, & verba si propriè capi possunt, semper ita sunt accipienda. l. non aliter. ff. de leg. 3. §. hæc autem verba. vbi Bart. ff. de neg. gest. & sic verè & naturaliter. Deci. consil. 442. num. 23. & in suo potentiori significatu, aliàs impropriè intelligerentur. Socin. consil. 25. num. 8. lib. 3. & hac ratione semper interpretatio ex verborũ proprietate admittitur in materia etiam odiosa pœnalique. Crauet. consil. 218. num. 12. si ita est, illa dictio, Perinde, propriè intelligendo eam eo modo vt suprà dixi, secundum verum propriumq; eius significatum intelligitur, ergo ita est intelligenda, & cum ita capiatur, resultat conclusio clara, quòd cumulatio querelæ inofficiosi testamenti petitionisque hæreditatis simul in eodem libello non est prohibita, sed permissa. nam omne quod in iure non prohibetur, regulariter conceditur. l. necnon. §. quod eis. ff. ex quibus caus. maior. &c.

Nec quicquam releuat ratio in contrarium per Iason. adducta in d. l. 1. num. 8. vbi dicit, quod querela nõ 565
sibi locum vendicat, si verus hæres scriptus hæreditatem non adiuerit; in petitione autem hæreditatis secus est, quæ solum præsupponit, quod aliquis pro

hære-

hærede vel pro possessore possideat, non tamen requirit, quòd ille sit verus hęres, sed sufficit, vt ille credat, se tantum hæredem esse, ergo hæ duæ actiones penitus sunt contrariæ, ergo absolutè in eodem libello nó admittuntur, & ita per plura argumenta ad huiusmodi finem tendentia hanc opinionem ante Iasonem affirmat Salic. in d.l.1, nu.3.

Sed tu huic facillimæ rationi, & ad omnia prędicta vnico verbo respondere poteris, & dicere, verum esse, vt querela locum habeat necesse est, quòd per hęredem scriptum hæreditas fuerit adita. l. filium. §. sed cū exhæredatio. ff. de bonor. poss. contra tabul. non tamé propter id sequitur, quòd ille hæres scriptus sit verus hæres, immò verus hæres dicitur filius sine causa exhæredatus, qui à prætore paternam hæreditatem consequi potest. argumēto l. nemo videtur. ff. de in integr. rest. & per contrarium non acquirere hæreditatem dicitur ille, cui cito hæreditas auferri potest. argu. l. non videtur. ff. de acquir. poss. nam propriè hæres dicitur, qui est hæres re & nomine. Dominus meus Socin. Iun. consil. 11. num. 3. lib. 1. si filius igitur dicatur verus hæres, necesse est, quòd scriptus non sit verus; aliàs si ambo essent veri hæredes, sequeretur id absurdum & inconueniens, quòd testator pro parte testatus & pro parte intestatus decederet, quæ maxima inter illos pugna controuersiaque extaret à iure non permissa. l. ius nostrum. & ibi Doct. ff. de regul. iur. necesse est igitur, quòd filius ab intestato succedens sit verus hæres. d. l. nemo videtur. sed scriptus hæres non sit verus: quia inclusio vnius est exclusio alterius. l. cum prætor. ff. de iudic.

566 Et prout in simili de electo pro milite dicitur, qui ob dictam electionem non est verè miles, nisi in militum numero recipiatur. l. ex eo tempore. ff. de milit. testa.

Benè autem tantum dici potest, quòd in querela inofficiosi testamenti requiritur, vt hæres scriptus hæreditatem adiuerit, & illam possideat, ad hoc vt filio querela

querela sibi locum vendicet, aliàs hęreditate nō adita, nec per alium occupata, filius ab intestato hæres hæreditatem contra tabulas propria auctoritate poterit. d. §. sed cùm exhęredatio. non tamen ex illa aditione verus hæres efficitur, cùm verus dicatur filius actor, vt suprà tetigi. ergo ille tantùm pro hærede habetur: † idem & similiter in petitione hæreditatis est, quæ ad hoc vt locum habeat requiritur, quòd conuentus illā pro hærede, vel pro possessore possideat, credendo se verum hæredem esse, cùm in effectu non sit. l. pro hærede. ff. de pet. hæred. & nemine † illam possidente, verus hæres hæreditatem propria auctoritate apprehendere poterit, & in illam ingredi, in ea quoque insistere. Bal. in l. fin. num. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. Ripa in rubr. ff. quorum bon. num. 2. versic. quintò. Dominus meus Socin. Iun. consil. 75. num. 10. lib. 1. cùm non leue commodum hæres ex possessione consequeretur. §. commodum. Insti. de interd. ecce igitur quòd istæ duę actiones æquiparantur, & non sibi adinuicem contrariæ sunt, nam licèt tantum nomine contrariæ sint, non tamen sunt in ratione, vt suprà tetigi, ergo idem ius debet esse. Ripa in l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 22. ff. de acq. poss. & † diuersitas casuum non tollit modum arguendi de vno casu ad alium, nisi ratio diuersitatis reddatur. Crauet. cons. 187. num. 2. & in tracta. suo de antiqu. temp. in prima part. num. 11. si istæ igitur actiones in ratione sint similes, & æquiparatæ: meritò, si illæ in eodem libello absolutè cumulari possunt, l. 1. C. de inoffic. testamen. & vt suprà plenè ostendi.

567

568

569

570 Salic. verò, qui fuit Doctor præclarissimus & perspicacissimi ingenij, aduertens, quod d. l. nemo videtur. & d. l. ex eo. cum suo §. eneruabant. & penitùs omnia argumenta tollebant, per illum & per alios Doct. ad fauorem communis opinionis adducta, ipse Salic. in d. l. 1. nu. 3. vers. nec etiam obstat. enixus fuit duas dictis iuribus afferre responsiones.

Primò dixit, quòd illa iura in actu fauorabili lo-

 quuntur,

quuntur, nos in odioso contra testatoris prædefuncti voluntatem, igitur &c.

Secundò, quòd illa iura loquuntur inspecto exitu & effectu, non quantum ad propositionem actionum contrariarum, vt præsupponit Salicet. in d. l. 1. quòd sint querela inofficiosi testamenti, & petitio hæreditatis.

571 Tu autem eidem quoque verè replicare poteris, & primæ eius rationi respondere & dicere, quòd nos in casu satis fauorabili versamur: nam satis impium & inhumanum est, quòd filius sine iustis causis, de quibus mentio fit in §. aliud quoque capitulum. in auth. vt cùm de app. cognosc. hæreditate priuetur paterna, & vnus extraneus bona hęreditaria possideat, illisque fruatur. l. cum auus. ff. de condi. & demonstr. arguendo ibi à cōtrario sensu: si iniquū igitur est, quòd filius sine causa hæreditate paterna priuetur, fauorabile igitur est, quòd ipse paternam consequatur hæreditatem, ergo iura allegata in casu fauorabili loquuntur, ergo obiectio contraria cessat, & conclusio mea remanet firma.

572 Et si Salic. diceret, quòd casus noster est odiosus, ex eo, quia filius contra testatoris patrisque voluntatem venit, tu autem eidem replica, quòd immò hoc in casu testatoris voluntas non ita præsumitur esse, cùm credatur, quòd quilibet, qui sanæ mentis sit, voluerit bona sua ad eius posteros obuenire: & ita commune votum parentum semper solet esse, ratioque naturalis mouet, inclinatque hominum mentem ad ita credendum. l. scripto. ff. vnde liber. l. cùm ratio. ff. de bon. damnat. cùm immò naturale sit, quòd filij procreentur & educantur, vt ex his filijs suis alij quoque liberi descendant, per quos testatoris memoria conseruetur & immortalis fiat. nam (vt dicunt Philosophi) homo qui in indiuiduo conseruari nō potest, dicto modo in specie conseruari cupit, & hoc est quod voluit l. liberorum. §. fin. ff. de verb. signif. quare lex ad huiusmodi rationem semper animaduertēs, fuit valdè vigilans filijs proui-

prouidere: nam si filij sine causa sint exhæredati, vel præteriti, lex filijs querelam inofficiosi testamenti illud rumpendi concedit, vt mediante iudicis officio paternam consequantur hæreditatem, vt habetur in toto tit. ff. & C. de inoff. testam.

Si autem filij sint hæredes omnes vniuersales æqualiter in testamento coram duobus tantùm testibus confecto instituti, illud testamentum sustinetur, & ad illorum fauorem valet, etiam si fœminæ essent testes, & non à testatore rogatæ, & ad testamentum ad improuisum tantùm accessissent. l. hac cõsultissima. §. ex imperfecto. & ibi Alexan. num. 5. & etiam Ias. nu. 6. & alios. C. de testam. Alexan. cons. 105. num. 4. lib. 7. Dominus meus Socin. Iun. cons. 144. num. 32. & pluribus seq. lib. 2. Iul. Clar. in tracta. suis in §. testamentum. num. 8. vers. secundò infertur. vbi dicit hanc esse communem Doct. opinionem. 573

Et hæc conclusio procedit etiam si primum testamentum solemne inter extraneos conditum fuisset, & secundum testamentum inter liberos coram duobus tantùm testibus cõditum sit, proculdubiò primum liberorum fauore per id secundum tollitur. Bal. consil. 292. nu. 1. lib. 1. Alex. cons. 146. num. 4. libr. 2. & cons. 105. nu. 6. lib. 4. & cons. 131. nu. 2. & seq. lib. 7. Gramm. cons. 31. num. 5. in ciuilibus. Dominus meus Socin. Iun. cons. 144. num. 35. & pluribus sequ. lib. 2. cùm in testamento inter liberos condito subintelligitur clausula codicillaris, & omni meliori modo &c. D. meus Soci. Iun. cons. 144. nu. 36. lib. 2. 574

Et hac ratione, si quæstio inter liberos & piam causam occasione prioritatis testamenti sit, & ignoretur, quod illorum duorum fuerit prius, dico quòd præfertur illud, in quo filij sunt instituti, si illud sit filijs pinguius, secùs si deterius sit: quia tunc testamẽtum aliud præferretur. Alciat. in tract. præsumpt. reg. 3. præsump. 43. nume. 2. nam qui vult Deum instituere, & filios exhæredare, alium quærat, quàm Augustinum. vt dicit text. in c. quicumque. 17. q. 4. Bald. cons. 12. num. 1. lib. 1. 575

D.meus Socin.Iun.conſ.144.num.40.lib.2.

576 Et in dubio ſemper pro venientibus ab inteſtato eſt pronunciandum. Zuchar.in l.fi.nu.410.C.de edicto D.Hadr.toll.Pariſ.conſ.67.num.114.lib.3. D.meus Socin.Iun.conſ.114.num.6.lib.2.immò lex tantam curam diligentiamque prouidendi filijs habuit, quæ voluit & ſanciuit, quòd ad tollendum primum teſtamentum inter liberos conditum per ſecundum inter extraneos confectum,neceſſaria ſit in hoc ſecundo clauſula ſpecialis derogatoria, & generalis non ſufficit. tex. in auth.hoc inter liberos. & ibi Doct. communiter.C.de teſta.& in l.ſi quis.in prin.ff.de lega.3. Soc.in l.ſi mihi. §.in legatis.nu 10.ff.de leg.1. Corn.conſ.31.nu.17 lib.2. Rimin.conſ.110.nu.6 lib.1. Soc.conſ.229. nu.11.lib.2.& hæc eſt communis Doct. opinio. vt refert ſequendo Curt.Iun.conſ.169.num.8.& ſeq. D.meus Soci.iunior conſ.183.num.35.lib.2.Crau.conſ.143.num 7.& hoc fuit filiorum fauore introductum. Iaſ. poſt Doct. in d.authen.hoc inter liberos.num.3. D.meus Soc.Iun.conſ.lib. 127.nu.3.lib.1.

577 Et ſi primum & ſecundum teſtamentum etiam inter liberos conditum ſit, cui ſtatur? & diſtinguo & dico,quòd ſi primum teſtamentum omnibus filijs magis fauorabile ſit, ex eo quia æqualitas inter liberos ſeruaretur:in ſecundo verò teſtamento inæqualitas ſit,& in ſecundo clauſula ſpecialis derogatoria non reperiretur,& nulla cauſa mutandi primum teſtamẽtum ſuperuenerit: & tunc dico, quòd primum huic ſecundo præferretur.Bal.in d.auth.hoc inter liberos.nu.4.Sali. nu.2.& Iaſ.nu.1.in fi.verſ.& pro hoc infero.Corn.cõſ. 31.nu.19.lib.2. vbi dicit hanc eſſe communem Doct.opinionem.Alex.conſ.163.nu.8. lib.7. & ibi Apoſtillans in verbo.B.dicit, quòd ex hoc vnico fundamento conſilium Alexandri ibi ſuſtinetur. Soc.cõſ.163. nu.13.lib. 2.& in l.ſi mihi,& tibi.§.in legatis. num.10.ff.de lega.1. Dec.conſ.631.nu.4.

Si ſecundum verò teſtamentum omnibus liberis fauorabilius ſit,& hoc in caſu arbitror,quod ſecundo & non

non primo testamento statur. D.meus Soc.Iun.consil. 144.nu.57.ver.& maximè.lib.2.

Et testamentum filijs fauorabile censetur, cùm æqualitas inter liberos seruatur. Rip.in l.Centurio.nu. 86.circa medium.ff.de vulg.& pup.subst.Corn.consil. 31.num.19.circa medium.lib.2.Rimin.cons.331.num.11. & seq.lib.1.& consi.110.num.6.& 16.circa medium.lib. 2.& ibi est etiam additio Domini Riminal.Iun.qui dicit hanc esse crebriorem Doct.opinionem.Parif.cons. 35.nu.31.lib.2. 578

Vel & testamentum dicitur fauorabile,in quo minora legatorum onera reperiantur,& Natta in d.auth. hoc inter liberos.colum 2.vers.prima quæstio. dicit, quòd hæc est verior & communior Doct. opinio. sed mihi videtur, quòd id priuilegium filijs cõcessum intelligatur, si pater in omnium fauorem æqualiter disponeret,non in vnius fauorem tantùm vel aliquorũ, alio excluso vel minus relicto.Corn.consil. 49.num.3. lib.1.Dec.consil.105.num.6. Durant.in tract.de art.testan.titu.3.caut.1.num.7.in fin. vbi dicit,hanc esse communem Doct.opinionem,& tamquàm magis veriorẽ, crebriorem & æquam illam sequutus D. meus Socin. Iun.consil.127.num.18.in fin.& seq.lib.1. & consil.147. num.33.& pluribus seq.lib.2. Crauet.cons.152.num.12. lib.1.Dominus meus Cæphal.consil.281.num.9.& seq. Boer.decis.241.num.4.& sequ. dummodò inæqualitas non sit in modica,sed in notabili inæqualitate. Dom. meus Socin.Iun.consil.189. num.85. libr.2. & cons.59. nu.24.lib.3. Iulius Clarus in tracta.suis.in §.testamentum.num.14.vers.sed nunquid.non obstante quicquid in contrarium dixerit ipsemet D.meus Socin.Iun.tanquã sibi ipsi contrarius in consi.24.lib.3.Corn.cons.21. num.10.in fin.lib.4.vbi dicit,quòd fauor maioris partis filiorum attenditur: quæ Cornei opinio annis elapsis à quodam Doctore Corrigiensi secuta fuit in quadam causa,inter tres fratres de Marchesinis Mirandulanos vertente,illo consultore electo, ad decidendum prædictam causam, me illius filij existente aduocato,

cui minor pars in secundo testamento absque clausula specialis derogatoria erat relicta: sed quantum ille Doctor à veritate deuiauit, satis perspicuè ex præallegatis perpenditur: & maximè, cùm eo in casu primũ præcedebat testamentum inter liberos validum, quibus pater æqualiter reliquerat, quo casu causa intestati cessabat: meritò si primum testamẽtum erat huic secundo testamento præferendum. Dominus meus Soc. Iun. cons. 24. num. 9. lib. 3. & omnes Doctores ferè vnanimiter dicunt, quòd illud testamentum, in quo inter liberos maior seruatur æqualitas, semper alij præfertur speciali derogatione primi testamẽti carẽte. Corn. cons. 21. nu. 10. lib. 2. Alex. cons. 105. num. 6. lib. 4. Rimin. d. cons. 331. num. 11. in fin. & seq. vbi dicit, quòd ista opinio est magis æqua & communior. Paris. cons. 35. num. 23. & 31. & consi. 34. num. 46. lib. 2. Crau. consil. 143. num. 7. lib. 1. & ideo secundum testamentum absque clausula speciali derogatoria sustinetur & valet inter liberos, si æqualitas à patre in secundo testamento inter omnes liberos fuerit seruata. Deci. in l. 1. num. 2. C. vnde liberi. & cons. 105. num. 6. & cons. 349. num. 9. & consil. 475. num. 11. vers. tertiò responderi. & consi. 631. nu. 4. quæ opinio est multum æqua & naturalis, ad hoc vt æqualitas inter liberos seruetur, prout esse debet, iuxta l. vt liberis, C. de collat. & ab illa in iudicãdo & consulendo non est recedendum. Alexan. consi. 163. num. 8. lib. 7. D. meus Soc. Iun. cons. 127. num. 1. lib. 1. Crau. consil. 143. num. 7.

579 Quæ æqualitas est tantæ efficaciæ, & à iure in consideratione habetur, quòd si duo testamenta inter liberos condita reperiantur, & primum sit perfectum, & secundum imperfectum, sed secundum omnibus filijs magis fauorabile sit, dico quòd per secundum tollitur primum, & econuersò, & id peruenit ratione æqualitatis inter liberos conseruandæ. Alex. consil. 105. num. 6. lib. 4. Corn. cons. 21. num. 10. in fin. libr. 4. & hæc est communis Doct. opinio, vt refert sequendo Paris. consil. 34. num. 46. & consil. 35. num. 11. 23. & 31. & consil. 144.

ſil.144.num.57.verſic. & maximè.libr.2.Crauet.conſil. 152.num.12.

Quæ concluſio ampliatur quoque, ſi id vltimum per notariũ non ſit recitatum, dummodò coram teſtibus probetur perfectum fuiſſe: quia dico quòd liberorum fauore id vltimum ſuſtinetur. D.meus Soci. Iun. conſ.544.nu.3.& ſeq.libr.2.quia illud non ratione voluntatis imperfectum cenſetur, ſed ſolennitatis tantùm. D.meus Soc.Iun.d.conſ.144.nu.61. 580

Quam concluſionem quoque ampliare voluit D. meus Socin.Iun.d.conſ.144.num.65. etiam ſi teſtamentum ratione voluntatis ſit imperfectum, licèt dicat ibi, quod ſuper hoc in dicto caſu non magnum facit fundamentum, cùm pleriq; in contrarium tenuerint: ſed ego proculdubiò dico, quòd veritas eſt in contrarium. nam ſi teſtamentum ratione voluntatis imperfectum ſit, non ſuſtinetur, neque de iure valet. Rubeus conſi.24.nu.15. Dominus meus Soc.Iun.melius ſentiẽs in conſ.147.nu.30.& pluribus ſeq.libr.2.vbi dicit hanc eſſe communem Doct.opinionem, quam nouiſſimè ſequitur Iulius Clarus in tracta.ſuis, in §. teſtamentum. quæſt.9. ſic itaque ex prædictis reſultat concluſio clara, quòd lex ſemper filijs fauorabilis cenſetur, ſi liberorum fauor verſatur, ſecundùm receptiſſimam Doct. concluſionem. 581

Qua cõcluſione ita firmiſſima exiſtente, dico quòd redeundo ad materiam noſtram principalem vt ſuprà tactam, reſpectu filij ab inteſtato ſuccedentis res eſt fauorabilis. reſpectu autem teſtamenti eſt odioſa. at cùm fauor & odium cõcurrunt, videlicet, quòd diſpoſitio partim ſit fauorabilis & partim odioſa, & ſic mixta ſit, in totum iudicatur fauorabilis. pulchrè Crau. conſil.118.num.9. & ſeq.ſed ſic eſt, ergo ceſſat ratio in contrarium per Salic.adducta in l.1.nu.3. verſ. nec obſtat.C.de inoff.teſtam.vbi reſpondebat ad text.in l.nemo videtur.ff.de in integr. reſti.ad l.ex eo tempore.ff. de milit.teſtam. 582

Quo verò ad ſecundam reſponſionem Sali.in loco

vt suprà, vbi dicit, quòd d.l. nemo videtur. & d.l. ex eo, cum suo §. loquuntur inspecto exitu & effectu, non quantum ad propositionem actionum contrariarum, igitur &c.

583 Tu verò quoque eidem replica & responde, quòd hæc est vna truffa, salua tanti viri pace, quis est ille qui hanc efficit differentiam inter principium & exitum? cùm satis perspicuum sit & iustum, omnia à fine appellari, & omnia à suo diffiniri fine, secundùm Arist. in secundo de anima. text. 49. & in primo Ethicor. 9. & hac ratione omnia, quæ tendunt ad finem, secundùm suum finem iudicantur, & secundùm ipsius finis naturam regulantur. Soc. cons. 67. num. 39. lib. 1. Crau. cons. 137. num. 14. & finis quando habet à principio necessariam consequentiam, idem de fine iudicatur, quod de principio. Socin. cons. 151. num. 10. libr. 1. si principium igitur à suo fine, & finis à principio denominatur, ergo sequitur, quòd finis & principium sit idem, & nulla inter principium & finem subsistat differētia ergo iura allegata, quę & si loquerentur de fine, exituque & effectu finis, ad casum nostrum benè adaptarentur ac conferrent, maleque igitur & perperàm in hoc abloquutus fuit Sali. in d. l. 1.

Dicere deinde, quòd querela inofficiosi testamenti, & petitio hæreditatis sint contraria, hoc expressè negatur, & Doct. in contrarium tenentes à veritate deuiant, vt suprà tetigi, cùm ergo dictæ duæ actiones in eodem libello simul cumulantur, meritò si illa cumulatio admittatur: & hoc modo opinio mea ab impugnationibus contrarijs remanet defensata.

584 Sed non obstantibus adductis per me in practica in iudicando & consulendo non recedas ab alia opinione, quæ est communior, & de iure quoque verior, videlicet, quòd querela inofficiosi testamenti, & petitio hæreditatis in eodem simul libello cumulari non possunt, nisi cōditionaliter & subordinatè proponantur: quia enimuerò illæ duę actiones ita conditionaliter propositæ in eodem libello admittuntur, glo. in l.

qui

qui de inofficioſo, in verbo, exercere, in fin. ff. de inoff. teſtam. Sali. in l. 1. num. 3. in fin. & ibi etiam Iaſ. nu. 9. C. de inoff. teſtam. Dd. communiter pręallegati hanc opinionem tenentes.

Et quia ſuprà dixi, quòd teſtamentum inter liberos conditum clauſulam ad ſequentia teſtamenta derogatoriam habet, taliter quod per ſecundum teſtamentum non reuocatur primum, non data in ſecundo æqualitate, niſi in ſecundo extaret clauſula ſpecialis derogatoria. d. auth. hoc inter liberos. & ibi Scribentes, & Doct. communiter ad id propoſitum præallegati, vt ſuprà.

Et pro huius articuli perfecto complemento materiam eius ampliſſimè tractabo, & primò dico, quòd nonnulli exiſtimauere d. auth. hoc inter liberos. ſibi tantum locum vendicare, cum primum teſtamentum inter liberos conditum ex teſtatoris manu ſit ſcriptum. Ang. in d. auth. hoc inter liberos. Alex. conſ. 146. nu. 11. verſ. vel ſecundum, lib. 2. 585

Alij autem contrarium cenſuere, quòd imò ſiue teſtamentum ex teſtatoris manu ſit ſcriptum, vel nuncupatiuum, ſi erit inter liberos conditum, clauſula ſemper ad ſequentia teſtamenta derogatoria in eo intelligitur, & Angelusmet ibi in d. auth. hoc inter liberos. fatetur, omnes Doct. contra illius opinionem tenere. & Alex. quoque ibi num. 2. in fin. dicit, quòd propter Doct. auctoritatẽ in cõtrarium tenentium, oportet opinioni, quæ eſt contra Angelum, acquieſcere, & ipſemet Ange. tanquam ſibi ipſi contrarius & melius ſentiens contrarium tenuit in auth. de teſtam. imperfect. in §. & ſi quidem, in principio colum. 8. vbi dicit, quòd ſiue teſtamentum in ſcriptis ſit conditum, ſiue nuncupatiuum, clauſula in ſecundo teſtamento ſpecialis derogatoria primi teſtamenti inter liberos conditi regulariter requiritur, aliàs ſine clauſula ſpeciali derogatoria primum non reuocatum cenſetur. Bal. in d. auth. hoc inter liberos, nu. 5. & ibi etiam Sali. nu. 3. & Iaſ. ibi nu. 2. dicit, omnes Dd. contra Angel. tenere.

586 Quæ opinio mihi quoque placet, nam & si iura de testamento in scriptis à patre inter liberos condito loquuntur, & dicant expressè illud reuocari debere, tamen idem de nuncupatiuo dicendum est, ex eo quia regulariter hæc duo testamenta æquiparantur. §. fin. Inst. de testam. & cum duo casus à lege antiqua æquiparantur, lex noua corrigens in vno, in alio quoq; corrigere censetur. gl. est fin. in l. si quis seruo. C. de furt. vbi habetur quòd illud, quod est in d. l. in seruo determinatũ in filio quoque locum habet. idem tenet Bart. in auth. sed cum testator, num. 4. C. ad leg. Falc. & hanc opinionem contra Angelum tenet Natta in d. auth. hoc inter liberos. col. 3. versic. secunda quæstio. & sic Angel. in d. authen. hoc inter liberos. est communiter reprobatus. Rim. consi. 110. num. 16. in fin. lib. 1. & propterea non recedas in iudicando & consulendo ab opinione, quę est contra Angelum, vt tradit quoq; Iul. Clar. in tract. suis in §. testamentum, nu. 11.

587 Alij autem dixere, quòd licèt in secundo testamento inter extraneos condito clausula specialis primi testamenti inter liberos conditi derogatoria requiratur, tamen asserunt id procedere, si plura testamenta extarent. secùs verò est, si vnum tantum testamentum præcedat, nam in eo casu clausula generalis derogatoria sufficit. Bart. in l. si quis, in princ. nu. 9. ff. de legat. 3. Rom. cons. 385. nu. 7. Castr. cons. 408. in fin. lib. 2. Socin. cons. 2. num. 13. lib. 3.

Communiter autem Doctores contrarium tenuere, quòd imò requiratur derogatio prioris testamenti, licèt vnicum tantum testamentum præcedat. Soci. sibi ipsi contrarius in l. si mihi. §. in legatis. num. 7. ff. de leg. 1. Iason in l. sancimus. num. 14. versic. ista limitatio est falsa. C. de testament. vbi asserit, hanc esse communem Doct. opinionem. idem affirmat Alex. cons. 163. num. 9. & cons. 172. num. 1. circa medium. lib. 7. & cons. 25. nu. 4. lib. 3. Rim. consi. 12. nu. 29. & seq. lib. 1. Iulius Clarus in tract. suis in §. testamentum, num. 99. vers. & hæc quidem, vbi refert hanc esse magis communem Doct. opinionem

nionem

nionem, à qua in iudicando & consulendo non est recedendum, & ego opinioni illorum adhæreo, moucor que hoc vnico fundamento: nam in omni casu vnicum tantum testamentum præcedit, quod sit validum, quia si non est validum, non dicitur testamentum, & in nulla consideratione habetur. Corn. consi. 241. num. 1. lib. 2. Curt. iun. consi. 46. num. 7. ex eo quia testatoris voluntas deficit, quæ ex testamento fomentum recipit. merito si intelligitur de testamento valido & non de inualido. Dec. cons. 176. num. 4. Crauet. consi. 143. nu. 14. nam duobus quis testamentis validis diuersis in temporibus conditis decedere non potest. Crauet. consi. 143. nu. 4. ergo necesse est, quod vnicum tantum testamentum præcedat & non plura, & tamen in omni semper casu requiritur clausula specialis derogatoria prioris testamenti inter liberos conditi, aliàs illud per secundum testamentũ regulariter nõ reuocatur, d. auth. hoc inter liberos, secundùm receptissimam Doctorum cõclusionem præallegatam, non obstante quicquid dixerit Bart. in l. si quis in principio testamenti. num. 9. ff. de leg. 3. qui communiter est reprobatus, vt per Iulium Clarum in d. § . testamentum. quæstio. 99. versic. & hæc quidem.

Nonnulli autem volentes secundum testamentum absq; clausula speciali derogatoria sustinere, dixerũt, si hoc in secundo testamento clausula codicillaris reperiatur, futurum tempus respiciens, quòd propter illam clausulam venientes ab intestato rogati censentur, hereditatem in hoc testamento vocatis restituere. l. ex testamento, vbi glo. C. de fideicom. & in l. ex ea. §. ex his verbis. vbi Bar. ff. de testam. idem Bart. in l. 1. nu. 17. ff. de iur. codic. Alex. cons. 9. colum. penul. in fi. lib. 1. Curt. iun. consi. 71. num. 12. & consi. 59. nu. 8. Crau. cons. 210. num. 4. vers. operabitur. 582

Et omnia legata in testamento relicta etiam debentur, si in secundo testamento clausula specialis derogatoria non reperiatur. dominus meus Soci. iun. consi. 124. num. 57. lib. 1.

Et hæc

Et hæc quoque conclusio ampliatur, si illi ab intestato vel ex testamento succederent, quia in omni casu vocatis in secundo testamento hæreditatem restituere tenentur. per l. si quis. ff. de iure codicil. Bart. in l. 1. nu. 3. ff. eod. titu. qui communiter est approbatus, vt refert illum sequendo dominus meus Soci. iun. consi. 106. nu. 37. lib. 1. non obstante quicquid dixerit Bart. in l. si iure. num. 3. ff. de legat. 1. qui communiter est reprobatus, vt dicit dominus meus Socin. iun. consi. 106. nu. 37. & consi. 145. num. 8. & seq. lib. 2. nam si testator velit, quòd secundum testamentum valeat, & in futurum valere possit in vim codicilli, donationis causa mortis, & inter viuos, & cuiuscunque vltimæ voluntatis, & omni meliori modo quo valere potest: & non valere possit, nisi hæc clausula specialis derogatoria subsistat, ergo clausula specialis derogatoria ob dictam clausulam codicillarem in secundo testamento appositam est intelligenda, ad hoc vt testamentum iuxta testatoris voluntatem sustineatur, & suum plenum consequatur effectum, cùm testatoris voluntas semper omnibus verbis præualeat, l. 3. in fin. C. de liber. præter. & ante omnia sit attendenda. l. quoniam indignum. C. de testam. & primum obtineat locum, l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & demonstr. & totum facit, l. ex facto, la grande. ff. de hæred. institu. & illa pedetentim sequi debeat etiam verba impropriando, si saltem voluntati testatoris conuenire possint. Alexan. in l. si quis filium. num. 4. & ibi etiam Ias. colum. 2. vers. secundò intellige. C. de liber. præter. sed sic est, voluntas testatoris est, quòd secundum testamentum valere debeat, & in futurũ possit omni meliori modo quo potest: meritò si per dicta verba, quæ maximi effectus sunt, iuxta doctrinam Bart. communiter receptam in l. 1. §. si quis ita, ff. de verbor. obligat. primum testamentum censeatur per secundum reuocatum, & in eo clausula specialis derogatoria intelligatur, aliàs si alio modo intelligeretur, sequeretur id absurdũ & inconueniens, quod clausula derogatoria ad sequentia testamenta in testamento

mento inter liberos subintellecta, secundùm gloss.& Dd.in l.cohæredi,§.cum filiæ. ff.de vulg.& pup.subst. Ruin.in l.1.§.si quis ita.nu.15.ff.de verb. oblig. & alios Dd.ad id propositum allegatos vt suprà, multum testatori ignaro fuisset captiosa,qui nesciuit specialem derogationem in secundo testamento requiri,credidit q; clausulã codicillarem,& omni meliori modo,&c.sufficere, ad reuocationem primi testamenti inter liberos conditi,quare ne testator remaneat deceptus,ingenuè fateri debemus, primum testamentum per secundum,ob clausulam codicillarem in illo contentam fuisse reuocatum.D.meus Soc.iun.cons.145.nu. 10. versi. & ista opinio,lib.2.

Et si testator de hoc fuisset interrogatus, verisimiliter ita expressè disposuisset,ergo primum testamentum pro reuocato habetur:quod argumentum à tacita disponentis mente in iure est validum.glo.est in l.tale pactum.§.fin.ff.de pact.Ias.in l.cum res,nu.18.ff.de leg. 1.Paris.cons.16.nu.43.lib.3.quæ glo. licèt in contractibus loquatur, in testamentis sibi locum quoq; vendicat, secundùm receptissimam Doct. conclusionem, vt refert sequendo dominus meus Soc.iun.consi.122. numer.32 lib.3. 588

Nec dici potest, quòd clausula codicillaris potius ex notariorum consuetudine, quàm ex testatoris voluntate apposita censetur,quia imò clausula codicillaris ex testatoris mente apponitur, ex quo apponi consueuit.argum.l.quod si nolit.§.qui assiduum,ff.de ędilit.edict.cum testamentum coram testatore legatur,& ideo notarius tantum scribere intelligitur, id quod testator voluit, & quod sibi dixit iniunctumque fuit. Corn.cons.225.colum.penultim.vers.nec obstat.lib.3. Decius consi.422.num.9.& consi. 450. num.2. & seq. & consi.490.num.10. Cagnol.in l.si librarius, num. 12. ff. de reg.iur. 589

Sed alij contrarium censuere, quòd immò si in secundo testamento clausula specialis derogatoria non extat, primum testamentum inter liberos conditum, 590

clau-

clausulam ad sequentia testamenta derogatoriam habens, iuxta d.auth. hoc inter liberos, per secundum testamentum id primum non censetur reuocatum. nam in secundo speciali derogatione carente non deficit testamenti solemnitas, sed voluntas testatoris tantum. Iason in l.si mihi & tibi. §. in legati, in prima repetitione, num.4. & 14. versi.contra, ff.de legat.1. Castr.consi.443. per totum. libro 2. Corne.consi.31.num.20.libro 2. Rube.consi.24.num.12.prope finem. Crauet.consi.90. num.5.

591 Et clausula derogatoria in testamento inter liberos condito subintellecta fuit, tam liberorum fauore, quàm & quoque primi testamenti causa illud conseruandi: nam per aliquas falsitates excogitatas subuerti potest. ad remouendum igitur dictas falsitates, Imperator decreuit & sanciuit, vt in d.authen. hoc inter liberos. vt ibi asserit Natta in tertio præmisso, & in prima eius quæstione & lex fuit multum vigilans, vt in vltimis voluntatibus falsitates tollantur remoueanturq;. Decius consi.561.num.5. Paris.consi.19.num.28 libro 3. Crau.consi.90. num. 5. & ideo si clausula specialis derogatoria hoc in secundo testamento deficit, testatoris voluntas deficere censetur, & mala suspicio contra secundum testamentum extat. Socin. in d. §. in legati, num.6. circa medium. vbi dicit hanc esse communem Doctorum opinionem, & consil. 98.num.6.libro 3. Gozadin.consi.98.num.10. meritò, si per secundum testamentum speciali prioris testamenti derogatione carens; primum inter liberos conditum non intelligitur reuocatum, l.si quis in principio.ff.de legat.3. Crauet.consi.90.num.5. & testatoris voluntate carendo illud non dicitur testamentum, ex quo à testatoris voluntate vires sumit. l.1. ff.de testam. & in prin. Institut. de testam. si secundum igitur non est testamentum, & primum sit validum, ergo in fauorem quoque primi testamenti est pronuntiandum. Crauet.consl.143. num. 15.& seq.

592 Et annullato secundo testamento ob defectum voluntate-

lunta-

luntatis testatoris, clausula pariter codicillaris in eo apposita annullatur, l.ab intestato. §. fin. in fine. & ibi glo.fin.ff.de iure codicil.Bart.in l.si iure,num. 4. ff. de legat.3.Bald.in d. authen. hoc inter liberos. num. 4.& in l.1.C.de codicil. & ibi est text. & ibi etiam Ias. num. 3.& idem Ias.in rubr.ff.de legat.1.num 15.Decius consi. 361.num.3.& 9.& consi.561.nu.2.versic.his tamen.Ruinus consi.2.num.1.libr.3. Paris. consi.20.num. 88. libro primo.Curtius iunior consi.169.num. 12. & consil.163. num.16.Tyraq.in tract.de iure constit.in tertia part.limit.7.num.39

Et vt in simili de contractu simulato dicitur: nam illo simulato reperto,& ita per iudicem declarato, omnes clausulæ in eo appositæ redduntur simulatæ & nullæ.Cagnol.in l.fin.num.273.vers.sed oppo.C.de pactis.Decius consi.587.num.10.Paris.cons.53.num.40.libro 1. ita & annullato quoque secundo testamento ob voluntatis defectum, omnes clausulæ in illo insertæ; annullatæ censentur.Aret.in §.ante Augusti.nu. 11 Instit.de codicil.nam testamentum nullum in aliqua consideratione non habetur.Corn.cons.241.nume.1. lib. 2. Paris.cons.35.nu.12.lib.2.Curt.iun.consi.46.num.7.ergo & clausulæ in illo appositæ,quia accessorium naturam sui principalis sequitur.regula accessorium.de regu.iur.in 6.igitur,&c. 593

Et vltra præmissa communis Doctor. conclusio est; quòd clausula codicillaris præsumitur potius ex notarij stylo apposita, quàm ex partium voluntate, ergo nihil operatur, Bart.in l.1.num.10.in fin. C.de iure codicil.Aret.in §.posteriore,num.1. Instit.quibus mod. testam.infirm.Alex.consi.52.num.28.& seq.lib.4. Decius in l.vt liberis.nu.18.C.de collat.qui Bart.vt suprà allegatus,est communiter receptus.vt tradit Curt.iun.cõsi.101.num.11.Parisius consi.20.num.87.lib. 1. & consil. 60.num.27.libro 2.& consi.19.num.19.in fin.& seq.lib. 3.Rube.consi.112.colum.2.vers.& maximè. & cons.125. num.1.vers.præmissis.dominus meus Soci. iun. consi. 116.nu.21.lib.2. 594

Et præ-

595 Et prout in simili dicunt Dd. de clausula iuramenti & de similibus, quæ in instrumentis apponuntur. ná illæ potius ex notarij capite, & de illius consuetudine quàm ex contrahentium parte præsumuntur appositæ, meritò si dictæ clausulæ nihil operantur. Abb. in c. cum contingat. num. 24. de iureiuran. Aret. in §. idem iuris est, num. 28. in fin. Institu. de except. Dec. consi. 305. nu. 4. in fin. & nu. 6. circa medium. Paris. cons. 20. nu. 87. lib. 1. D. meus Soc. iun. cons. 48. nu. 39. & cons. 144. nu. 37. lib. 1. & consi. 116. nu. 21. lib. 2.

596 Et id suadente: nam notarij sæpè clausulas in testamento apponunt, quas non intelligunt, & testatores quoque nesciunt, quid eę importent, & ideo nihil operantur. Alexan. consi. 52. num. 28. & sequen. lib. 4. Socin. consi. 250. num. 8. & consi. 159. num. 25. & seq. lib. 2. & cōsi. 93. num. 27. lib. 4. Gozadin. consi. 80. num. 1. in fin. Ripa in l. centurio, num. 82. ff. de vulga. & pup. substit. dominus meus Soc. iun. consi. 116. num. 21. & consi. 159. nu. 25. & consi. 158. num. 18. lib. 2. Craue. consi. 7. num. 4. meritò si fundamentum aliquod super clausulam codicillarem fieri non potest, nec ex ea argui clausulam specialem derogatoriam primi testamenti sub illa comprehendi, ex quo per præallegata in secundo testamento voluntas testatoris deficit: meritò si clausula codicillaris nihil operatur. D. meus Soc. iun. consi. 153. nume. 4. lib. 2.

597 Sed pro resolutione huius articuli, ob Doctorum varietatem valdè intricati, plerique hoc modo distinxere: aut testator est ignarus & illiteratus, vel non. si est illiteratus, illa clausula codicillaris ex stylo notarij potius apposita pręsumitur, quàm ex testatoris voluntate: meritò si hoc in casu nihil operatur, cum semper clausula codicillaris nihil operetur, vbi voluntas testatoris deficere creditur. Rube. consi. 24. numer. 14. propè fin. dominus meus Socin. iun. consi. 153. num. 4. lib. 2. & consi. 29. num. 9. & consi. 33. num. 21. & consi. 100. num. 35. libr. 3. vbi doctrinam Bart. in l. 1. in quarta quæstio. ff. de iure codicil. si verò testator fuisset literatus,

ratus, illa clausula præsumitur ex testatoris voluntate, & non ex stylo notarij apposita, & tunc operatur. ita distinguendo declarat Rube.consi.112.num.2.& consi.125.num.1.versi.& præmissis.Parisius consi.10. num. 11.& seq.lib.3.Ripa in l.si vnquam nu.42. propè fin. C. de reuoc.donat.D.meus Socin.iun.consi. 153. num.2.in fin.& nu.5.lib.2.

Quorum distinctioni alij contradixere, dicentes, testatorem ignorantiam de clausula codicillari nō habuisse, cum illa sibi à notario tempore publicationis testamenti vulgarizata fuit, ita quod eādem scientiam de illa habere potuit, prout ipsemet notarius, ergo clausula codicillaris non ex stylo notarij, sed ex testatoris voluntate apposita censetur. Corn.cons.225. col. pen.vers.nec obstat, lib.3.Ripa in l.centurio. nu. 83.in fin.& seq.ff.de vulg.& pup.substit. 598

Rubeus verò consi.112.nu.2.huic obiectioni respōdet, & dicit, non sufficere notarium hāc clausulam codicillarem vulgarizasse, nisi testator in hac legali sciētia literatus extitisset, quia non sequitur clausula codicillaris à notario fuit vulgarizata, ergo testator vim & efficaciam dictæ clausulæ percepit. ita quoque affirmat Ripa in l.si vnquam.nu.42.in fin.& seq. C.de reuocand.donat.

Et dici potest, quòd notarij sunt docti tantum in titulo de iuris & facti ignorantia, quorum ignorantia destruit mundum, & ipsi bonorum conscientias virorum in periculum ponunt. Ripa in dicta l.centurio, nume.83.Crotus in l.sciendum, colum. 10. versic. tertius casus.ff.de verborum obligat. Cagnol.in l.si librarius. nume.3.ff.de regul.iur.& notarij ob illorum ignorantiam aliquando alijs lucrum, aliisque damnum afferunt contra testatoris voluntatem. Durant in tract.de arr.testan.tit.2.caut.11.num. 7. in fine. nam sicuti Italus linguam Teutonicam nescit, ita & notarij efficaciam clausulæ codicillaris nesciunt, cum peritissimi eius importantiam vix scire possint. Rube.consil.125. num. 1.versic.præmissis.Parisius consi.10.num.12.lib.3. Rip 599

videlicet, declarationem probationis in termino factæ post terminum fieri posse. Dec. in c. causam, nu. 16. de probat. Ruin. consi. 133. num. 6. lib. 5. etiam post conclusum in causa, & postquam ius parti quæsitum sit. Ripa in l. 1. num. 24. ff. si cert. peta. ita ergo & notarius declarare poterit, an clausulam codicillarem ex consuetudine sua, vel potius ex testatoris voluntate apposuerit, cum de illius veritate incerti simus. Parisius consi. 48. num. 27. lib. 1.

604 Et assertioni cuius standum est, circa ea quæ ad eius officium spectãt. Ias. in l. de his, nu. 7. vers. primò, ff. de transact. Mars. sing. 462.

605 Quæ conclusio proculdubio procedit, si notarius ab omnibus publicè pro bono legalique reputatur, quia tunc enimuerò ei creditur. dominus meus Socin. iun. consi. 147. num. 12. in fin. & seq. & consi. 96. num. 1. lib. 2. & presertim cum notarius à contrahentibus approbatus quoque fuit, qui illum elegerunt in conficiendo instrumentum: meritò si illi declarationi illius stare tenentur, de contentis tam in instrumento quàm in testamento, taliter quòd attestationi illius se sine alio opponere non possunt, prout in simili dicitur de teste à partibus approbato, qui contra producentem illum probat, licèt de eius credulitate deponat. Rom. consi. 104. nu. 6. Ias. in rubr. ff. de iureiur. nu. 9. D. meus Soc. iun. cons. 69. nu. 11. & seq. lib. 1. Crau. cons. 201. num. 7. & cons. 226. in fin.

606 Benè autem verum est, quòd si probaretur, notarium tempore conditi testamenti in hac legali scientia doctum fuisse. & esse, proculdubio ob præsumptioné, quam contra se habet, dicto notario non crederetur, neganti se scire importantiam clausulæ codicillaris in testamento per eum appositæ. Crauet. consi. 171. numer. 9.

607 Et hæc notarij declaratio quoque non requiritur, quando testator in hac nobilissima legali scientia doctus fuisset, & ita probaretur: quia tunc præsumitur clausula codicillaris in testamento apposita ex testatoris

toris voluntate & non ex stylo notarij, ex quo testator permisit notario clausulam codicillarem sibi legere, & vulgarizare. quod equidem non ita fecisset, si ex eius voluntate dicta clausula codicillaris non fuisset apposita, ex quo illam benè intelligebat, cum in hac legali scientia erat doctus. Ripa in l. si vnquam. num. 42. in fin. & seq. C. de reuocand. donat. Rubeus consi. 112. nu. 2. vt suprà dixi, & vt in simili dicitur, quando clausulæ in instrumento rationabiliter apponuntur: nam illæ ex partium voluntate, & non ex stylo notarij appositæ censentur, aliàs secùs erit. Tyraq. in tract. de iure const. in 3. part. limit. 31. num. 14. & in his terminis bene potest procedere opinio Fulg. Alexan. Cagnol. & Alciat. vt suprà. quam opinionem puto esse declarandã, vt infrà plenè dicam.

Ex prædictis vtique resultat Doctorum conclusio firmissima, quòd si testator in hac legali scientia literatus fuisset, illa clausula codicillaris proculdubio ex eius voluntate, & non ex stylo notarij apposita censeretur, & ideo operaretur, virtute cuius clausulæ secũdum testamentum sustinetur, ac si in eo clausula specialis derogatoria prioris testamenti inter liberos conditi specialem requirentis derogationem apposita fuisset. si verò per notarij aduertentiam, qui fuit & sit peritus, & testatorem de importantia clausulæ codicillaris reddidit certũ, clausula illa fuisset apposita, & tunc quoq; secundum testamentum valebit. Si notarius aũt illiteratus fuisset, qui importantiam clausulæ codicillaris testatori ignaro declarare nesciuisset, & tũc clausula codicillaris nihil operaretur, quia ex stylo notarij, & non ex testatoris voluntate apposita pręsumeretur, meritò si secundum testamentum speciali derogatione prioris testamenti carens annullatur, existente primo inter liberos condito. 608

Mihi autem hæc opinio ita intellecta nullo modo placere potest, sed illa penitus est reijcienda tanquam à veritate deuia, vt satis perspicuè ex mea declaratione patebit. quare igitur reor pro huius articuli veritate

tate hoc modo distinguendum esse.

609 Et primò dico, quòd si testator esset ignarus, & coram septem testibus notarioq; dixisset, se velle primũ testamentum inter liberos conditum omninò per id secundum reuocare, & notarius qui fuisset ignorans, credidisset primum testamentum per secundum clausulam codicillarem continens, absque speciali derogatione fuisse reuocatum, & dico quòd si per testes probatur testatorem ita dixisse, & mentem illius omninò fuisse talem, procul dubio primum testamentum censetur reuocatum, ob clausulam codicillarem in secundo testamento insertum, quia tunc sumus extra omnẽ difficultatem, ex quo sumus de testatoris voluntate certi. Paris. cons. 19. num. 19. in fin. & seq. lib. 3. & in simili faciunt allegata per Fel. in c. ex literis. nu. 15. versic. nota quintò, de fid. instr. & per Zuch. in l. fin. num. 22. circa medium, C. de edict. D. Had. toll.

610 Et id rationi conuenit, ne testator ex notarij ignorantia deceptus remaneat, quæ eius ignorantia partibus nocere non potest, neque debet, glo. est fin. in verbo, simplicitas, C. de fideiuss. Io. de Ain. cons. 29. num. 7. Crau. cons. 147. num. 5.

611 Et sicùti argumentum à tacita testatoris voluntate sumitur, & est validum, prout fit, quando arguitur, quòd si testator fuisset interrogatus, an ita vellet, verisimiliter respondisset, quod sic, tunc illud pro expresso appositoque in testamento habetur, vt not. per glo. in l. tale pactum. §. fin. ff. de pact. Iason in l. cum res, nu. 18. ff. de leg. 1. Decius cons. 7. num. 5. circa medium. Curtius iun. cons. 19. num. 15. si ita est in tacita voluntate verisimili, quanto magis in expressa & per testes testamentarios probata, quod argumentum à fortiori in iure est validum. auth. hoc n. multò magis. C. de sacrosanct. eccl. ergo in hoc casu dici debet, clausulam codicillarem vim specialis derogationis habere, cuius virtute primum inter liberos conditum per id secundum censetur reuocatum, ita quod secundum & non primum attenditur.

Si te-

Si testator verò ignarus huius scientiæ legalis fu- 612
isset, & idem quoque notarius, & nullum verbum de
reuocatione primi testamenti inter liberos conditi à
testatore fuisset dictum, & ita per testes testamentari-
os probaretur, & tunc proculdubio constat clausulam
codicillarem in secundo testamento potius ex notarij
stylo, quam ex testatoris voluntate appositam fuisse,
quæ à notario solet apponi, licet testator de dicta clau
sula illum non rogauerit, neque illius virtutem in-
tellexerit. Ias. in l. cum ex filio. nu. 2. ff. de vulg. & pup.
subst. Crau. cons. 75. nu. 4. meritò si clausula codicilla-
ris nihil operetur, & per secundum non fuerit primũ
reuocatum, & hoc in casu loquuntur & benè vnanimi
ter omnes Dd. præallegati conueniunt.

Si hæc autem certitudo à testibus testamentarijs 613
haberi non possit, quia omnes testes decesserint: & tũc
subdistingue & dic: aut testator erat in hac legali scien
tia peritus, vel non: si erat peritus, benè sciebat pri-
mo oportere testamento inter liberos condito specia-
liter derogari, iuxta dictam authen. hoc inter liberos.
cum quilibet præsumatur scire leges. l. leges sacratissi
mæ. C. de leg. cum igitur hoc sciret, vt de iure præsumi
tur, & hanc reuocationem specialiter in secundo te-
stamento apposuerit, ergo præsumptiuè constat,
testatorem noluisse per secundum testamentum reuo-
care primum inter liberos conditum specialem requi
rens reuocationem, ergo clausula codicillaris contra
testatoris voluntatem non potest dici prioris deroga-
tionem testamenti obtinere, meritò si hoc in casu ni-
hil operatur. Dec. in l. precibus, nu. 18. C. de impube. &
aliis subst.

Suadenteque ratione: nam sicuti testator in d. secũ
do testamento clausulam codicillarem posuit: ita pari
ter specialem derogationem primi testamenti appo-
suisset, si primo inter liberos condito derogare volu-
isset, & rem clarissimam exquisitissimamque reddidis
set, ex quo in illius facultate erat ita efficere propter
eius peritiam in hac legali scientia & literaturamq; & 614

actus semper sit validus, vbi voluntas & potentia, concurrunt. Affl. ct. decis. 305. num. 7. dominus meus Socin. iun. consi. 120. num. 4. lib. 2. cum ergo id non fecit, constat vtique apertissimè, testatorem noluisse primum testamentum derogare, argum. l. vnicæ. §. sin autem deficientis. C. de cad. tol. c. ad audientiam, de decim. & in simili faciunt adducta per Dec. consi. 599. num. 6. versi. non obstat. & per Crauet. consi. 161. num. 8. cum testatoris voluntas iuri communi conformis redditur, l. si duo, & ibi Scribentes, ff. de acquir. hæred. de iure igitur communi derogatio specialis primi testamenti inter liberos conditi requiritur, quod equidem hanc specialem derogationẽ in hoc secundo testamento apposuisset, si primo derogare voluisset. cum igitur hoc expressè non fecit, meritò præsumitur, per id secundum testamẽtum speciali derogatione carens, à primo ex defectu voluntatis non deuiasse. Paris. cons. 35. num. 11. & seq. lib. 2.

615 Fortificaturque hæc conclusio ex alia ratione. nam si duo reperiantur testamenta inter liberos condita, & primum testamẽtum sit imperfectum, & secundum perfectum, primum autem omnibus filijs magis fauorabile sit, per secundum primum tollitur & econuerso, & id procedit ratione æqualitatis inter liberos cõseruandæ. Parisius consi. 35. num. 11. 23. & 31. libro 2. secundùm crebriorem Doct. opinionem, à qua in iudicando & consulendo non est recedendum, vt supra tetigi, quanto minus dicere debemus, primum testamentum perfectum inter liberos conditum per id secundum imperfectum respectu voluntatis, speciali carens derogatione, non tolli, quod argumentum à fortiori in iure est validum. authẽ. multò magis, C. de sacrosanct. eccles.

Nonne videmus, quòd lex multum vigilauit, vt filij omninò secundùm commune votum parentum succedant, l. scripto, in fin. ff. vnde liber. & æqualiter, l. vt liberis. C. de collat. cur ergo velint Dd. dicere, quòd secundo existente testamento inter extraneos condito, spe-

ſpeciali carente derogatiõe, primum teſtamentum inter liberos conditum tollatur? nam qui vult Deum inſtituere & filium exhæredare, alium quęrat quàm Auguſtinum. c. quicumque. 17. q. 4. quare ex his concludo, primum per ſecundũ ſpeciali carens derogatione non fuiſſe reuocatum.

Nec quicquam operatur clauſula codicillaris, & omni meliori modo in ſecundo teſtamento appoſita, quæ duæ clauſulæ æquiparantur. Feli. in c. cùm ſuper. num. 11. verſ. quartus effectus. de off. deleg. 616

Nam ergo reſpódeo & dico, quòd pro forma clauſula ſpecialis derogatoria in ſecundo teſtamento requiritur, præcedente primo inter liberos exiſtente valido, vt primum per ſecundum tollatur. d. authen. hoc inter liberos. ſi ita eſt, & ſpecialis derogatio primi teſtamenti in ſecundo non extat, id ſecundum in forma ſua eſſentiali peccaret. meritò ſi clauſula codicillaris ſecundum teſtamentum non ſuſtineat: quia hoc in caſu teſtamentum valere non poteſt, eo modo quo poteſt, ſecundùm crebriorem Doctorum opinionem. Socin. in l. 1. §. ſi quis ita. num. 9. ff. de verb. oblig. & ibi etiam Iaſ. num. 23. verſi. iſta regula. & ibi quoque Ruin. num. 14. & ſeq. & idem Ruin. conſ. 13. num. 11. lib. 1. Iaſ. in l. non codicillum. num. 4. & in l. ſançimus. in 8. fall. C. de teſtam. Alciat. in tract. præſumpt. reg. 3. præſump. 34. nu. 10. & ſeq. 617

Et quando lex à princip. actui reſiſtit, ne certo modo fiat: ſi eo modo fieret, nunquam valeret, prout valere poteſt. Iaſ. in d. l. ſançimus. in 8. fal. Rip. in d. §. ſi quis ita. nu. 32. ſed ſic eſt, lex reſiſtit ſecũdo teſtamento ſpeciali derogatione carente, illud poſſe primum inter liberos conditum auferre, requirens de eſſentia reuocationis d. primi teſtamenti, clauſulam ſpecialem derogatoriam in ſecundo teſtamento eſſe appoſitam. d. authẽ. hoc inter liberos. ſine qua deficit teſtatoris voluntas. Caſtr. conſ. 443. libr. 2. & cenſetur teſtatorem actum alluſorium efficere voluiſſe per id ſecundum teſtamentum ſpeciali derogatione carens. Alcia. in tract. 618

præsumpt.regul.3.præsumpt.34.num.11.in fi. meritò si clausula codicillaris (quoad reuocationem primi testamenti) nihil operatur. Rub.cons.24.nu.14. prope fi. D.meus Soc.Iun.cons.153.nu.4. libr.2. & cons.29.nu.9. lib.3. vbi dicit hanc esse crebriorem Doct.opinionem, imò potiùs iudicandum est, secundum testamentum esse nullum, quàm quòd illud contra testatoris voluntatem sustineatur. Ias.post Alex.& Doct.not.in l.verbis ciuilibus.num.6.& seq.ff.de vulg.& pup.subst.Cagnol. in l.fin. num.276.vers.ex quo patet.C.de pact.Alciat.in d.tract.regula tertia,præsumpt.34.num.10.vers. quintò obstat.

619 Neque id quicquam difficultatis in se habet, cùm testator in hac legali scientia peritus erat,tūc enim necesse est,quòd quoque sciret, secundum testamentum speciali carēs derogatione primum inter liberos conditum non reuocare, & secundum voluntatis defectu omninò esse nullissimum. Felin.in c.cùm super.num. 10.de off.delega. Rip.post Doct.communiter. in d.§. si quis ita.num.19. Alcia.in d.tract.regula3.præsump.31. num.4. meritò si secundum testamentum absque clausula speciali derogatoria nō sustineatur eo modo quo valere potest.l.an inutilis.ff.de acceptil. & testator in illo vlt.testamento tantùm nugasse censetur.argum.l. non solùm.ff.de act.& oblig.Felin.in c.cùm super.nu. 10.& ibi etiam Dec.colum.fin prope fin.de off.delega. Socin.in d.§.si quis ita.nu.6. circa medium. & nu.9.in fin.& ibi etiam Ripa nu.29. & Ruin.ibi quoque.nu.30. Cagn.in l.fi.nu.275.C.de pact. Alcia.in d.tract.regul.3. præsumpt.31.nu.4.

Et præsertim cùm de forma essentiaque secundi testamenti requiritur, quòd in illo clausula specialis derogatoria apponatur, aliàs primum testamentum remanet firmissimum, si de essentia vltimi testamenti hoc requiratur, & testator peritissimus benè sciebat,secundum testamentum alio modo valere non posse, meritò constat in hoc secundo testamento testatorem tantùm nugasse, & testari noluisse. Ruin.d.§. si quis

quis ita. nu. 30.

Et annullato secundo testamento, clausula quoque 620
codicillaris annullatur. Alciat. in d. tracta. regul. 3. præ-
sumpt. 34. nu. 11. in fi. & vtrobique alias reperi.

Quæ conclusio dubio procul procedit alio existen- 621
te testamento validissimo inter liberos condito huic
secundo testamento repugnante, nam causa intestati
cessat, meritò si secundum testamentum non sustinea-
tur eo modo quo valere potest. Ias. in l. verbis ciuili-
bus. nu. 12. vers. dices tu ff. de vulga. & pupill. substit.
Paris. cons. 35. nu. 11. & seq. lib. 2. Dominus meus Socin.
Iun. consi. 183. num. 34. libr. 2. Crauet. consi. 143. num. 15.
& seq.

Et in hoc quoque proposito benè sibi locum vendi- 622
cat illa regula, quæ dicit, quod potui nolui, quod vo-
lui adimplere nequiui. l. multum. §. fin. C. si quis alteri
vel sibi. Rip. in d. §. si quis ita. nu. 30. & in ambiguo ser-
mone non vtrumque diximus, sed id duntaxat quod vo-
lumus. l. in ambiguo. ff. de reb. dub.

Et non sufficit dicere, testatorem per illam clausu- 623
lam codicillarem primo testamento derogare voluis-
se, postquàm id non dixit & specialiter non expressit.
l. quotiens. ff. de hæred. instit. Crau. consil. 161. num. 14.
quòd testator equidem hanc facillimè specialem dero-
gationem in secundo testamento apposuisset, si primo
derogare voluisset. cùm igitur id non fecit, ergo præ-
sumitur noluisse primo testamento derogare. argu-
mento l. vnicæ. §. sin autem deficientis. C. de cad. toll. c.
inter corporalia. de translat. prælat. c. ad audientiam.
de decim. & testatorem peritissimum voluisse secun-
dum testamentum remanere nullissimum. Ripa in d. §.
si quis ita. nume. 29. & ideo clausula codicillaris tam-
quàm generalis nihil contra testatoris voluntatem o-
peratur. Dominus meus Socin. Iun. d. cons. 153. nu. 4. &
cons. 29. nu. 4. lib. 3.

Suadeturque hæc conclusio alia ratione: nam in 624
testatoris voluntate nihil debet subaudiri. Crau. con-
sil. 161. nume. 15. subauditio autem vtique fieret, si per
[illegible] clau-

clausulam codicillarem in secundo testamento insertam intelligeretur, primo inter liberos condito fuisse derogatum. quæ subauditio non fit, ergo clausula codicillaris tanquam generalis nihil operatur quoad reuocationem primi testamenti inter liberos conditi specialem derogationem de eius essentia requirentis, ergo primum per secundum non censetur reuocatum.

Et si quis diceret, quòd opinio præallegata sibi locum tantùm in testamentis vendicat, quando contentio & altercatio oriretur propter duo testamenta à testatore confecta: secùs verò est, si nominatus in secundo testamento velit bona hæreditaria consequi, virtute donationis inter viuos, vel causa mortis, quæ inesse in clausula codicillari reperitur: quia tunc victoriam contra filios obtinebit, absque alia speciali derogatione prioris testamenti inter liberos conditi existente.

625 Sed ego huic obiecto respondeo, & dico, quòd quamuis donatio inter viuos & causa mortis in clausula codicillari inseratur, non tamen propter hoc sequitur, quòd annullato testamento donatio inter viuos & causa mortis nõ irritetur: quia immò dico quòd annullatur, ex quo viam testamenti & illius naturam sequitur, cùm in testamento apponatur. vt not. Bald. & alij Doct. in l. hæredes palàm. §. fina. ff. de testa. Modernus Rimin. in §. 1. num. 361. Inst. de dona. aliàs si opinio contraria esset vera, sequeretur quòd hæreditas per contractum conferretur contra l. hæreditas. C. de pact. conuent. Alexan. cons. 28. nu. 4. in fin. & seq. lib. 3 Ruin. in d. §. si quis ita. num. 14. prope fin. Cagn. in l. fi. nu. 276. in fin. C. de pact.

Et si diceretur verum esse, hæreditatem quidem ob donationem inter viuos conferri non posse, tamen per donationem, quæ causa mortis fit, conferri. Deci. in l. licèt. num. 10. C. de pact. Cagn. in l. fi. nu. 278. C. de pact. igitur, &c.

Sed ego quoque replico & dico, quòd per donationem

nem causa mortis hæreditas datur, quando simpliciter contractus donationis fit. secùs verò erit, si cõstaret testatorem suum vltimum testamentum cõdere voluisse. prout erit, si hæredem vniuersalem sibi institueret. Crau. in l. 1. nu. 121. ff. de leg. 1. & tunc illud testamẽtum in vim codicilli non sustinetur, nec donationis causa mortis: ex quo constat testatorem voluisse potiùs nugari, quàm codicillare, donareque. Dec. in d. l. licet. nu. 2. Ruin. in d. §. si quis ita. nu. 15. & seq. & nu. 23. in fi. Cagnol. in l. fi. nu. 278. in fi. C. de pact. Paris. cons. 5. nu. 9. & seq. lib. 2. meritò si secundum testamentum speciali carens derogatione in vim codicilli donationisq; causa mortis non valeat neque sustinetur, & sic obiectio contraria cessat, & per consequens cõclusio mea remaneat firmissima.

Si autem testator sit illiteratus, & notarius peritus, & per testes testamentarios non probetur testatorem voluisse primum testamentum reuocare specialiter, & tunc arbitror clausulam codicillarem vim specialis derogationis non habere. ratio est in promptu, quoniam si notarius erat peritus, necesse est quòd specialem sciret derogationem primi testamenti inter liberos conditi hoc in secundo requiri. cùm igitur hoc sciuerit, & priori testamento specialiter non derogauerit, prout de iure requiritur. d. auth. hoc inter liberos. meritò constat primum per secundum non fuisse reuocatum, & notarium clausulam potiùs codicillarem ex stylo suo, quàm ex testatoris voluntate apposuisse, & testatorem hoc in secundo testamento non testari, potiùs autem nugari voluisse. meritò si hoc in casu clausula codicillaris nihil operatur. Rip. in d. §. si quis ita. nu. 29. & aliàs suprà tetigi. 626

Si in dubio autem sumus ob mortem notarij & testium testamentariorum, qui testatoris voluntatem referre, ac testari non possunt, an testator primum inter liberos conditum per secundum reuocare voluerit. & ignoratur, si testator & notarius in hac legali scientia periti extiterint. & in hoc casu reor, primum testamentum

num.6.& seq. Iulius Clar.in d. §. testamentum. quæst. 99.vers.scias etiam.

Reuocatur quoque sine speciali derogatione pluribus alijs modis, de quibus per Ias. post Scribētes ibi in d.l.sancimus.nu.8.& pluribus seq. & per Iuliū Clarum in d.§.testamentum.q.99.

630 Redeundo igitur ad † materiam nostram principalem petitionis hæreditatis, dico quòd Ias.in l.1.num. 6.C.de inoffic.testam.dicit, quòd quamuis petitio hæreditatis directa & vtilis reperiantur, tamen non ex conuenti persona, sed respectu agentis directa & vtilis dicitur. nam si agens est hæres de iure ciuili, petitio hæreditatis directa sibi competit, de qua loquitur titulus ff.de pet.hæred. si verò hæres de iure tantùm prætorio sit, & tunc bonorum possessio & hæreditatis petitio sibi competit, de qua loquitur titu.ff.de bonorum possess. hæred.peti. si verò fideicommissarius est ille, qui agit, & tunc quoque hæreditatis petitio vtilis sibi competit. de qua loquitur titu.ff.de fideicom. hæred.peti.

A qua opinione ego valdè dissentio, dum Ias. velit, quòd respectu tantùm actoris, & non rei vtilis vel directa dicatur, prout est quando actor prętendit se fideicommissarium esse, vel de iure prętorio hæredem. ego autem benè fateor, quòd in illis duobus casibus petitio vtilis actori competat, & vtilis dicatur, vt etiam dicit Alexan.cons.186.num.6.lib.5.non tamen nego deinde, quin respectu conuenti petitio hæreditatis vtilis alio modo dici possit, vt legitur in exemplis traditis in text.l.etiam.§.1.ff.de pet.hæred.vbi actor asserebat, se directum & verum hæredem esse: tamen quia emptor actione petitionis hæreditatis tenebatur: quia modico illam hæreditatem emerat, vel venditor non reperiebatur, concludit ibi Iurisconsultus, quòd petitio hæreditatis vtilis contra talem emptorem conceditur. ecce quòd text.est ibi clarus, qui cauillari non potest, quin cōuenti respectu vtilis etiam dicatur.ideo gloss. quæ est magistralis, in rubr.ff.de rei vendi.dicit,

quòd

quòd directa & vtilis ad actorem, directò & vtiliter ad reum refertur: ergo d.gloss. aperto ore sentit, quod tam respectu actoris, quàm etiam rei directa & vtilis actori conceditur: ergo ex his patet Iasonem in dicta l.1.nume.6.malè & perperàm loquutum fuisse, tamen benè verum est, quòd ex parte conuenti differentia est, an directè vel vtiliter reus conueniatur, prout in simili dicit gloss. magistralis in rubric.ff.de rei vendi.

Et si quis bona particularia alienaret, † quæ fideicommisso subiecta essent, hæc alienatio valeret, dummodò fieret ab ignorante, qui nesciuisset fideicommissum extare.l.fin.ff.de leg.2. & ideo procurator actoris semper cautus debet esse, vt alienantis scientiam deducat, & alienantem probet sciuisse rem alienatam restitutioni fideicommissi suppositam fuisse. aliàs actor succumberet. Alexan.cons.3.num.3.libr.3.& consi.186. num.5.lib.5. 631

Et petitio † hæreditatis est actio bonæ fidei. §. actionum, Inst. de act.l.fin.in fin. & ibi Bald.& Sali. nu. 2.C.de pet.hæred.Plot.in l.si quando.num.517.C.vnde vi.& ideo in litem contra dolosum iuratur. Plot.in d. l.si quando.nu.507. 632

Et hæreditatis petitio † non simpliciter realis dicitur, sed est realis & personalis, & sic actio mixta nuncupatur. Bal.in l. si post.num.4.C.de pet.hæred. & in l. hæreditatis.num.3. & Salic.nu.1.C.eod.tit. Ias.in rub. C.de inoff.testam.num.3.Ripa in l.1.nu.7.ff.quor.bon. Balbus in tract.præscript.in 4.par.quartæ par.princip. q.16.num.1.in fin. 633

Alij autem contrarium censuêre, quòd immò petitio hæreditatis est merè realis. Ias. sibiipsi contrarius in l.si quis agere.nu.14.C.de codicil.& in l.edita.nu.11. in fi. C.de ed.& in l.1.nu.29.ff.de ed.

Alij verò concordando opiniones distinxêre hoc modo, quòd petitio hæreditatis dominij respectu est merè realis, quod dominium sequitur possessorem, ad rem sibi tradendam, & ideo concluditur affirma-

tiuè, sicuti in rei vendicatione, & hoc in casu loquatur vltima opinio Ias. præallegata, sed quia dicitur habere etiam quasdam præstationes personales respectu rerum, quę a debitoribus sunt exactæ, & respectu pretij rerum venditarum. l. sed & si lege. §. petitio. ff. de pet. hæred. nam ad exacta. & ad pretium rerum agitur ad dandum, & contra solam exactoris personam agitur, & hoc in casu est mixta. Ang. in l. sed & si lege. §. bonæ fidei. num. 1. ff. de peti. hæred. & in his terminis loquuntur Doctores primam opinionem tenentes, ita distinguendo declarat Bald. consi. 326. num. 1. versic. secundus. lib. 2. Corn. consi. 47. num. 8. lib. 4. Rip. in rub. ff. si cer. pet. nu. 7.

Verùm etiam si velimus indistinctè alteram Doct. opinionem tenere, videlicet, quòd hęreditatis petitio sit merè realis & non mixta, possumus dicere, quòd dictę prestationes personales accessoriè in consequentiamq; veniunt, & non principaliter: sed hæreditatis petitio non à suo accessorio, sed à suo principali tantùm denominari debet, meritò hac ratione illa merè realis censetur. Aretin. in §. sed iste. nu. 12. versi. sed ego teneo. Inst. de act. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. par. dist. 3. num. 9.

Et in quibus casibus actiones reales à personalibus differant, vide Rip. in rub. ff. si cer. pet. nu. 8.

634 Et petitio † hæreditatis datur contra illum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, etiam minimam rem hæreditariam vel aliquod ius incorporale. l. regulariter. ff. de petit. hæred. l. hæreditatis. C. eod. titu. Aretin. in §. actionum autem. num. 100. & Ias. num. 232. Institu. de actionib. Corne. consil. 47. num. 8. & consil. 91. num. 1. libr. 4. præter seruitutem prædijs hæreditarijs debitam, quæ in hæreditatis petitione non cadit, sed pro illa actione propria negatoria, videlicet, & confessoria agi debet. Ias. in d. §. actionum autem. nu. 232. in fi.

Hæredique etiam competit, ad consequendum res hæreditarias, aduersus quoscumque possessores siue vniuer-

vniuersales siue particulares. Ias. in l. vt inter diuinũ. nu. 23. C. de sacros. eccles. etiam contra quemcunq; singularem rei successorem. l. licèt minimam. ff. de petit. hæred. Pract. Pap. in form. lib. quo pet. hæred. ex testa. in glo. 1. nu. 4.

Et ad rem singularem petitio hæreditatis datur. Ripa in l. 1. §. qui autem. num. 12. ff. quor. legat. etiam cõtra debitores hæreditarios, si debiti respectu se hæredes esse contendunt. l. etiam. §. si. ff. de pet. hæred. Ias. in §. actionum autem. num. 228. Instit. de act. Marant. in tract. de ord. iud. in 4. par. dist. 7. num. 8. si debitor verò hæreditarius non contendit se hęredem esse, sed aliam tantùm causam allegat, per quam soluere negat, & tũc hac actione conueniri non potest. l. si debitor. & ibi Bar. ff. de pet. hæred. Areti. in d. §. actionum autem. nu. 101. & Ias. nu. 228.

Et quando agitur contra debitorem respectu debiti hæreditarij tamquàm contra iuris possessorem, aliæ interrogationes fieri debent, de quibus infrà remissiuè Ias. in d. §. actionum autem. nu. 299. 635

Et aduertat hæredis procurator ad interrogandum reum, an velit contendere se esse hæredem, vel possessorem rei singularis vel debiti. & si responderit, quòd sic, actor tunc tutius illum hæreditatis petitione conuenire poterit: si verò negatiuè responderit, minimè reus conueniri potest: cùm hæreditatis petitio non competat, nisi contra reum, qui pro hęrede vel pro possessore possidet. d. l. regulariter. d. l. hæreditatis. Roland. consil. 1. num. 10. libr. 1. sed tunc reum actione reali vel publiciana conuenire poterit. Pract. Pap. in form. lib. pro hæred. ab intest. in glo. 1. num. 9.

Dixique quòd hæreditatis petitio tantùm contra illum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, datur. Calcan. consil. 67. numer. 5. circa medium. sed ego censeo, hanc conclusionem esse veram, si possessor dicit se hæredem illius esse, cuius actor est: secùs verò erit, si alterius erit: quia tunc hæreditatis pe- 636

titio contra illum actori non competit. Ange. consil. 229.num.2.

637 Et pro † hærede possidere censetur ille, qui tamquàm hæres possidet: cum in effectu verus hæres non sit, licèt credat se hæredem esse, si verò non aliquam causam vel iustum titulum allegat, & tunc pro possessore possidere censetur. l. pro hærede. ff. de pet. hæred. Spec. in tit. de interrog. §. 1. num. 2. Areti. in §. actionum autem. nu. 100. vers. quis dicatur. & Ias. nu. 27. Instit. de act. Alex. in l. quod vxor. nu. 1. ff. de acq. poss. in l. 1. nu. 2. C. de inoff. testam.

Et tribus modis quis pro hærede possidere potest. glo. in d. l. pro hærede. Ias. in l. 1. nu. 2. C. de inoff. testa. Rip. in l. 1. nu. 6. vers. tribus. ff. quor. bon.

Immò pro possessore possidere censetur ille, qui allegat se pro hærede possidere, nullam autem causam de iure vel de facto habet credendi hæreditatem ad se pertinere: nam testamentum non allegat, in quo institutus sit. & si allegat, nullam de illo fidem facit, neque propinquitatem probat. taliter quod ille cēsetur prædo, & non tantùm tenetur ad res, quas possidet, sed etiam ad illas, quas dolo possidere desierit, vel de pretio & de fructibus perceptis & percipiendis, & qui verisimiliter percipi poterunt, & de omnibus damnis & interesse veri hæredis. l. sed & si lege. §. quod autem ait. vbi Barto. & Castren. post gloss. ibi. ff. de perit. hæred. & iuramento veri hæredis in litem contra reum conuentum statur de prædictis omnibus & singulis vt suprà, præuia tamen taxatione deinde per iudicem fienda. Plot. in l. si quando. nu. 508. & num. 510. C. vnde vi.

Quæ conclusio de iure quoque procedit, si reus conuētus scit hæreditatem sibi auferri posse, quia scit testamentum inofficiosum esse, vel se indignum & incapacem, vel tacitam fidem testatori præstitisse de restituendo hæreditatem incapaci. si ergo his in casibus hæreditatem adiuerit, in dolo malaque fide esset, & ideo prædo erit, etiam ante litem motam, & contra

eum in litem iuratur de prædictis omnibus & singulis vt suprà.l.prædonis.vbi Castren.ff.de petit.hæred. Plot.in d.l.si quando.nume.509. & hoc in casu sibi locum vendicat illa regula, videlicet, quod parum refert, an quis dolosè ab initio versatus sit, an posteà cœperit facere, l.sed & si lege. §. sed fructus.ff.de petit.hæred.

Sed si reus conuentus in iure vel facto errasset: 638
quia credidisset, testamentum rectè fuisse confectum, & mox inutile reperiatur: vel si alius agnatus decessisset, & putasset hæreditatem sibi potiùs, quàm alij deferri,& hoc ante litem motam ille non dicitur prædo, & error illum excusaret.d.§.sed & fructus.versi. scire autem. sed post litem motam bonæ fidei & malæ fidei possessor æquiparantur.Scribentes communiter in l.1. C.de pet.hæred.Plot.in d.l.si quando.nu.514.

Et ideo cauti aduocati semper in primis,antequàm 639
iudicium inchoetur,faciunt reum interrogare,an ipse talem rem hæreditariã possideat,& quo titulo,& quãuis reus iudicio reali conuentus suæ possessionis qualitatem non dicere tenetur.l.in speciali.ff.de rei vend. tamen secùs est in petitione hæreditatis. l.cogi.C.de pet.hęr.& ratio est in promptu:quia in hæreditatis petitione titulum habens nõ cogitur iudicium pati: meritò,ne frustrà cõtra illum procedatur, reus de titulo interrogandus est, cui interrogationi respondere debet.Bal.in d.l.cogi.nu.5.& ibi etiam Sali.nu.3.Ias.in §. actionum autem.nu.224.Inst.de act.

Et si reus responderit se titulum nescire,actori suf- 640
ficit,vt petitio hęreditatis sibi contra reum competat. Aret.in d.§.actionum autem.sub nu.101.

Vel & si reus titulum dicere noluerit,iudex illum 641
tunc compellere potest ad contestandum litem. si post autem litem contestatam titulum allegaret, illumque probaret, sibi proderit, cùm titulus post litem contestatam opponi etiam potest.Bart.in d.l.cogi.num.5.& ibi Doct. Ioan. de Amic.consil.118. nume.3. tamen ille tunc omnes expensas litis actori resarcire tenetur, ex

quo actorem temerè defatigauit. Bal.in d.l.cogi.num. 11.& ibi etiam Ang.num.6. Ioan.de Amic.consi.118.nu. 4.in fin.& seq. non obstante quicquid dixerit Salic.in d.l.cogi.nu.7.

642 Et hoc in iudicio petitionis hæreditatis quomodo interrogationes fieri debeant, vide Specul. in titu. de interrogat.§. 1. num.2. Bald. in d. l. cogi. num. 8. & ibi Scribentes. & consil.325.& 326.lib.2. Aretin. in d.§.actionum autem.num.101.& ibi etiam remissiuè Iason num.226.

643 Et si reus res hęreditarias alienauerit,pretiumque acceperit, ad quod conueniri potest: quia vna res in vniuersalibus (vt in hæreditate) loco alterius succedit.l.si rem & pretium.ff.de pet.hęred. Dominus meus Socin. Iunior consil.19.num.1.lib.2. & interrogatus,an rem hęreditariam possideat: si responderit,quòd non, & de mendacio conuincatur, an in translatione possessionis huius pretij puniatur? & gloss. in l.fina.ff.de rei vendic. dicit, quod sic. sed ego puto id esse verum, si reus indefinitè interrogatus sit: secùs verò est, si de rebus particulariter tantùm hæreditarijs: quia tunc ad translationem huius pretij possessionis non punitur, & ideo bonum est, quòd interrogationes indefinitè, & non particulariter fiant. Bald.in d.l.cogi.num.12.& Salic.num.8.

644 Quid si reus interrogatur, an totam rem possideat,& in possessione in parte, & non in toto mentiatur,an tota possessio, vel illa pars tantùm, in qua mentitus sit,in actorem transferatur? & reor illam tantùm partem in illum transferri,in qua mentitus sit. Bal.in d.l.cogi.nu.13.vers. sed pone.

645 Quid si interrogationes sint omissæ, & actor solùm probat se esse hæredem,& dictam rem per defunctum tempore eius mortis fuisse tētam vel possessam: at reum dictam rem possidere non probaret, an obtinere actor possit? & prima fronte videbatur dicendũ, quòd sic. nam reus est in culpa,tolerando litem secum contestari. in contrarium autem se habet communis

Docto-

Doctorum opinio, tum quia reus non fuit interrogatus, meritò nihil est, quòd sibi imputatur: tum quia litem per negationem contestando pariter se possidere negasse censetur, actori vtique est imputandum, cur passus sit litem contestari, meritò si reus absoluitur. Bald. in d. l. cogi. num. 13. & ibi etiam Salic. num. 8. vers. quæro actor.

Verùm si iudex actori propitius erit, poterit declarare, talem rem actori pertinere, & si deinde probabit reum dictam rem possidere, contra illum executio fieret, quare talis sententia actori semper vtilis erit. Bald. in d. l. cogi. num. 13. & ibi quoque Salicet. num. 9. 646

Et ideo si ante litem contestatam reus rem hæreditariam non possideat, post litem autem contestatam reus tãtùm possidere cœperit, iudicium valeret. nam restitutio in consequentiam in hæreditatis petitione venit & principaliter petitur, quòd actor hæres declaretur. restitutio autem iudicis officio fit. meritò si in petitione hæreditatis sufficit, quòd reus post litem contestatam possidere incœperit. Ripa in l. 1. num. 10. ff. quorum bon. 647

Et si hæreditatis possessor suo ex capite aliquam rem alienauerit hæreditariam, postquàm hæreditatis petitione conuentus sit, nunquid hæc valeat alienatio deiureque sustineatur? & dico quòd non. nam in vniuersali iudicio petitionis hæreditatis res per solam controuersiæ mentionem litigiosa efficitur. l. diuus. in princip. & l. sed & si lege. §. si ante litem. ff. de petit. hæred. Salice. in l. 1. num. 5. C. de pet. hæred. Plot. in l. si quando. num. 512. C. vnde vi. controuersia ante litem motam. & extra iudicium propriè dicitur. d. §. si ante litem. Ripa in l. res iudicata. num. 2. ff. de re iudic. Dominus meus Soci. Iun. cons. 150. num. 12. & pluribus sequen. libr. 1. & in iudicio vniuersali id speciale est, secùs verò est in iudicio particulari. Salice. in l. 1. nu. 5. C. de pet. hæred. 648

Si sine autem iudice res, tempore perituras aliena- 649

uerit, vtputà fructus & similia, & de restituendo pretium illarum satisdederit, alienatio valebit: alias secùs erit. d. l. diuus. in princip. & ibi Castr. Areti. in §. actionum autem num. 103. & ibi etiam Ias. num. 231. Instit. de act.

650 Vel & cum causæ cognitione iudicisque licentia res quoque non tempore perituras alienare poterit. quæ causæ cognitio versatur, si aliquid necessarium ad funus impendi debeat, vel si cibaria familiæ hæreditatis necessaria sint, vel si pignus à creditore distraheretur, si intra diem non luatur: nam tunc in his casibus alienatio à iudice permittitur, si iudici æquum videbitur, d. l. diuus. vbi Angel. num. 2. & idem Ang. in l. item veniunt. num. 1. ff. de pet. hæred. & in d. §. actionum autem. num. 103. & Ias. num. 231. Cæpol. caut. 190. & in his quoque casibus nuda sufficit cautio. d. l. diuus. vbi Castren.

651 Verùm si præter casus limitatos, vt suprà, quis hæreditatem scienter litigiosam emerit, contra emptorē hereditatis petitio datur: quia talis titulus pro nō titulo habetur & sibi non prodest: immò si emptor hæreditatis petitione conueniatur, ad omnes quoque fructus tam ante litem contestatam, quàm etiam ex post perceptos tenetur. text. est clarus in l. si post motam. & ibi Bart. Bald. Salic. & cæteri Scribentes. C. de pet. hæred. Ioan. de Amic. cons. 54. num. 6. & si in dicta re empta plantaret & ædificaret, omne id Domino cederet. §. & ex diuerso. Institu. de rerum diuis. Ioan. de Amic. cons. 54. num. 10.

652 Et si malæ fidei possessor rem hereditariam alienaret, siue ante litem motam siue post, non tantùm ad rei restitutionem condemnabitur, sed quoque ad interesse veri hæredis simul cum fructibus perceptis & percipiendis. l. sed & si lege. §. si ante litē. ff. de pet. hæred. glo. est magna, in fin. l. sequitur. §. fructus. ff. de vsucap. Salic. in l. certum. sub num. 4. C. de rei vendic. immò in litem contra illum iuratur, si hæreditatis petitione conueniatur, multò igitur magis, si post litem contestatam,

testatam, vel litem motam huiusmodi alienationem fecerit. Plot. in l. si quando, nu. 512. C. vnde vi, idem quoque erit, si rem communem alienaret, sciēs partem rei alterius esse. Plot. in d. l. si quando, nu. 517.

Si emptor autem ignorasset, litem super re empta ob temporis antiquitatem motam fuisse, & ita liquidò probaret, tunc ad fructuum restitutionem non tenetur, nisi à die contestationis litis, vel à die controuersiæ motæ. d. l. si post motam. §. 1. & ibi not. per glos. & si rem ignoranter alienam emerit, & melioramenta bona fide necessaria in re ita empta fecerit, dico quòd indistinctè dicta melioramenta per modum excipiendi recuperabit. Castr. cons. 94. col. 2. vers. quantum verò ad melioramenta, lib. 2. in nouis. Negus. in tract. de pignor. in 4. membro quintæ part. numer. 19. Boer. decis. 44. sub num. 24. 653

Et inter bonam aliquando ac malam fidem, datur medium, videlicet non bona fides, nec mala, neq; in totum sibi locum vendicat effectus bonæ fidei, neque etiam malæ fidei. & tunc surgit cōclusio clara, quòd fructus restitui debent illi, qui extant, vel si consumpti sunt, quatenus locupletior sit effectus. Fel. in c. de quarta, sub num. 31. de præscrip. Alex. in l. iustè possidet, nu. 21. ff. de acq. poss. Paris. cons. 100. num. 34. lib. 1. D. meus Socin. iun. cons. 150. num. 19. & seq. lib. 1. nam error facti vel iuris conuentum à mala fide excusat hæreditatem possidentem, & per consequens à fructibus percipiendis. l. sed & si lege. §. sed fructus. vers. scire autem. ff. de pet. hæred. 654

Quam conclusionem puto esse veram & procedere ante litis contestationem: post litem autem cōtestatam vel motam minimè, nā omnes possessores abinde sunt pares, & quasi prædones de fructibus perceptis percipiendisq́;, & ad omne interesse tenentur. d. l. sed & si lege. §. si ante litem, & ibi Dd. & in l. 1. C. de pet. hęred. Ias. in d. §. actionum autem. nu. 234. & sic post litem motam bonæ fidei possessor à malæ fidei non differt. d. §. si ante litem. d. l. 1. l. certum. C. de rei vend. 655

656 Benè autem verum est, quòd ante litem contestatã vel motam bonæ fidei possessor nõ ita tenetur, quia fructus suos facit, l. quæsitum. in fin. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rer. dom. nisi fructus extent, vel quatenus locupletior effectus fuerit, l. 1. & ibi Dd. C. de pet. hæred. l. si & rem & pretium, ff. eod. tit. l. certum, C. de rei vendi. Ang. in l. item veniunt, §. fructus, nu. 2. ff. de pet. hæred. Pract. Pap. in form. lib. quo pet. hæred. ex testa. in glo. contradictionibus, num. 4. Dec. cons. 282. num. 5. & hoc est propter æquitatem l. si me & Titium, ff. si cert. pet. & hæc est communis Dd. opinio, vt per Alexan. in l. in insula. §. fructus, num. 6. vers. sed Bart. ff. sol. matr. secutam à D. meo Socin. iun. consi. 150. num. 21. & num. 37. libro 1.

Quæ opinio in iudicio vniuersali est æquissima, prout est in hæreditatis petitione. secùs verò est in iudicio particulari, secundùm crebriorem Dd. opinionem: à qua in iudicando & consulendo non est recedẽdum, vt per Curt. sen. cons. 71. col. 9. vers. & posito. nam in iudicio vniuersali illa commoditas, quæ ex fructuũ consumptione percipitur, loco rei & loco fructuum succedit. l. si rem & pretium, ff. de pet. hæred. in singulari autem iudicio minimè. Bald. in l. si post, nu. 2. C. de pet. hæred. & in l. & ex diuerso, nu. 2. ff. de rei vend.

657 Et an locupletior effectus fuerit tempus rei iudicãdæ inspicitur, l. si à non domino. §. quo tempore, ff. de petit. hæred. gl. est in d. l. 1. in verbo, locupletiores, & ibi Salic. nu. 6. in fin. l. fructus, ff. de rei vend. & præcipuè quando est causa moderandi condemnationem, secùs verò erit, si causa esset actionem concedendi, nam hoc in secundo casu tempus litis contestatæ inspicitur. Bart. in d. §. quo tempore, nu. 2.

658 Et nonnulli existimauere, illum cum illis locupletasse præsumi, nisi ipse probaret, se illos in mala parte consumpsisse. Ang. in l. vtrum, nu. 4. ff. de petit. hæred. dominus meus Soci. iun. consi. 150. num. 38. & sequent. libro 1.

Alij autem contrarium censuere, quòd imò in dubio

bio ille non præsumatur locupletior effectus fuisse, nisi id perspicuè constet. Felin. in c.de quarta, sub nu. 31.de præscript. Curt.sen.consi.71.num. 11. non obstante quicquid dixerit Angel.in d.l.vtrùm, vt tradit Curt. iun.consi.6.num.26.in fin.& consi.28.numer.14.versic. postremò.

Quæ conclusio mihi de iure videtur verissima:nam non credo, quòd sufficiat probare, reum fructus in suos vsus conuertisse, ad probandum illum locupletiorem effectum fuisse, cum possit esse, quòd splendidiùs vixerit, quàm efficere debebat, & hac ratione fructus consumpserit, & ideo procurator hæredis in actu practico cautus esse debet, vt articulet & probet, possessorem bonæ fidei fructibus consumptis locupletiorem fuisse factum, & speciem locupletionis articulare & probare debet. Curt.sen.consi.71.nu.11. Cagn.in l.ex pœnalibus, nu.3.& seq.ff.de reg.iur.

Sed ego puto animaduertẽdum esse † ad illam propositionem communiter receptam, quæ est, quòd post litem contestatam possessor bonæ fidei, à malæ fidei non differat, sed ante litem contestatam tantùm. contra hanc conclusionem insurgebat text. in l. hæres furiosi. §.fructuum, ff.de pet.hęred. qui text. totum dictę propositioni contrarium annuere videbatur, ex eo quia ille text. literaliter intellectus dicit, quòd post hæreditatem petitam vsuræ fructuum perceptorũ non prę stantur (intellige venditorum vel consumptorum, secundùm Salic. in l.1.colum.fin.in fin. C.de pet. hæred. sed ante litem contestatam tantum. vt ibi ille text. dicit. 659

Quæ elocutio quantum à iure naturali abhorreat, nemo est, qui ventriculos cerebri ad reuersum non habeat, quin illam diiudicet & cognoscat, cùm litis contestatio eo in casu actori magis noceret, quàm econtra si d.§.fructuum.eo modo intelligatur, vt suprà dixi, cõtra l.solet, ff.de reg.iur.& ibi Cagn. igitur, &c.

Glossatores autem in d.§.fructuum. & etiam in l.1. in verbo, vsuras, in fin. & ibi etiam Sali. post Dd. num. 6. C.de

6. C. de pet. hæred. enixi fuere d. §. fructuum. enucleare, pluresq; respõsiones, sed non veras, ei attulerũt, & ipsi satis intricatè, obscurè, perplexeq; loquuti fuere, & contra rationem naturalem, ità quòd ex illorum dictis nihil ferè boni (meo quidem iudicio) colligi potest.

Et pro intelligentia ac respõsione d. §. fructuum. omnibus ferè durissimi, & non sine quare Bart. prætermisit d. §. fructuum. commentare, qui Bart. post Accursium clauis, lucernaque veritatis, omniumque iurium fuit, & omnia ferè iura commentauit, præter hunc §. fructuum. satis perdifficilem & scabrosum, maleque à Dd. intellectum, qui declaratione magis, quàm alia iura indigebat.

Verùm quicquid sit censeo, quòd d. §. fructuum. sit hoc modo intelligendus, vt infrà videlicet, præmisso igitur hoc, quòd Papinianus Iurisconsultus ibi proculdubio de bonæ fidei possessore tantũ loquitur semper & continuatiuè, vt ibi omnes quoque Doct. fatentur, quo præmisso ita emanato, dico, quòd post hæreditatem petitam, vsuræ fructuum perceptorum, videlicet ante litem contestatam, à bonæ fidei possessore non prętantur. nã intelligere nõ possumus, quod post litẽ motam vsuræ etiam à bonæ fidei possessore non præstantur, cum (vt dixi) post litem contestatam vel motam possessor bonæ fidei & malæ fidei æquiparantur. d. §. si ante litem. Scribentes communiter in l. 1. C. de petit. hæred. si æquiparantur, adæquatio in omnibus & per omnia fit. vt per Doct. in l. 1. ff. de legat. 1. sicuti igitur malæ fidei possessor ad vsuras & ad fructus post litem contestatam percipiendos tenetur. vt per Doct. in l. 1. C. de petit. hæred. ergo & bonæ fidei. d. §. si ante litẽ. ergo non debemus intelligere d. §. fructuum. quòd vsuræ fructuum à bonæ fidei possessore post litem contestatam perceptorum non præstantur: quia malè & perperam loqueretur contra iura perspicacissima prę
660 allegata, † & correctio dictarum legum nasceretur, quæ omninò est euitanda. Iason post Scribentes in authen.

then.quas actiones,num.21.C.de sacros.eccles.Alexan. cons.25.num.13.lib.5. D.meus Soc.iun. consi. 131.num. 27.lib.1.quare intelligere debemus d.§.fructuum. hoc modo, quod licèt vsuræ fructuum ante litem motam perceptorum à bonæ fidei possessore ab actore petantur,non tamen præstantur.

Verùm quoniam contra hanc intelligentiam obiectio fieri poterat, arguendo hoc modo:nam sicuti omne augumentum hæreditarium in hæreditatis petitione venit,l.item veniunt,§.non solum. ff.de pet.hæred. & quatenus fructus extant,& si nõ extant,effectus fuerit locupletior,bonæ fidei possessor illos,vel illud lucrum actori restituere tenetur,l.1.C.de petit.hæredit. cur ergo & quoque non ita sit dicendum de vsuris fructuum perceptorum ante litem motam.

Papinianus autem compilator d.§.fructuum.hanc aduertens obiectionem, ibi respondit pulchrè & benè, allegans diuersitatis rationem à præcedenti casu subesse.nam in hoc secundo casu honestum est, & iuri æquitatique conuenit, quòd bonæ fidei possessor hæreditatis augumentum actori illud petenti restituat. nam effectus fuit locupletior,ex eo quia hæreditas fuit aucta,illaque auctio hæredi accrescit, d. §.item non solum, † & æquum est neminem fieri locupletiorem 66 cum alterius detrimento,l.nam hoc natura, ff. de condict. indebit. & bonæ fidei possessor in hoc aliquod damnum non sustinet,prout est, si condemnatur ad vsuras fructuum perceptorum ante litem motam vel contestatam,ad quas minimè tenetur,l.prima.C.de petit. hæred. quare igitur Papinianus ibi in dicto §.fructuum.hoc in primo casu decidit, quòd vsuræ fructuum perceptorum ante litem motam à bonæ fidei possessore non præstantur, & ibi deinde dixit, diuersa ratio illorum est, qui fructus perceperunt, cum eisque hæreditatem ante actionem hæreditatis illatam auxerunt, & illa dictio, Et, ante illud verbum, Auxerunt, est intelligenda secundùm quoque Salice. in dicta l.1.nume.6.versic.restat & tunc. nam & si illa eorum fructuum ar-

um argumentatio in hæreditate etiam ante litem motam (ea existente) veniat, hæredique accrescat, non tamen sic debet esse de vsuris fructuum perceptorū ante litem motam, cùm nec de fructibus percipiendis ante litem contestatam bonæ fidei possessor tenetur, ergo nec de vsuris. d.l.1. in fin.

Sensus igitur verusque spiritus d. §. fructuum. hoc modo breuiter succinctéque sumendus est, vt infrà videlicet, quòd licèt vsuræ fructuum ante litem motam perceptorum ab actore à bonæfidei possessore petantur, & hanc tantum petitionem fecit, postquam hæreditatem petiit, non tamen præstantur, quòd non sic est de fructibus ante litem motam perceptis, qui hæreditatem auxerunt. nam illud augumentum simul cum hęreditate restituere tenetur, ratione vt suprà per me præallegata.

Et hæc est mera vera intelligentia puraq; anima dicti §. fructuum. qui si alio modo intelligeretur, alijs o-
662 mninò iuribus repugnaret, † quæ contrarietas distinctione est remouenda, si fieri potest, prout in qualibet fit dispositione. Angel. in l. item veniunt. §. cæterùm, in fin. ff. de pet. hæred. Cagno. in l. vbi repugnantia. nu. 4. ff. de reg. iur.

663 Et tanto fortiùs, vt legum correctio euitetur, quæ omninò est euitanda, vt per Scribentes in auth. quas actiones. C. de sacrosan. eccl. & per dominum meum Socinum iun. consi. 131. num. 27. libro 1. cum correctio tot iurium in contrarium præallegatorum non præsumatur. l. præcipimus, C. de appel. &. priores leges à posterioribus interpretationem recipiunt & econtra, nisi sibi sint ad inuicem contrariæ, nā tunc priores per posteriores tolluntur. l. non est nouum. cum duabus legibus sequentibus, ff. de legib. cum ergo ita sit, necesse est quòd text. in d. §. fructuum. eo modo, vt suprà dixi, intelligatur, cum alia iura ita sint apertissima, d. l. 1. & d. §. si ante litem, à quibus limitationem & declarationem recipere debet: & quia l. prima, C. de petit. hæredit. est posterior d. §. fructuum. meritò cogimur fateri, il-

rī,illi §.fructuum,fuisse per dictam l.primam derogatum. l.sed & posteriores. ff. de legib. igitur, &c & ideo ex his concludo, intellectum per me dictum §. fructuum. illatum de iure esse verissimum & amplectendum.

Bonæ fidei possessor † si rem hæreditariam alienauerit, & pretium receperit, vel rem permutauerit. tūc in actoris facultate non erit, hac hæreditatis petitione ad pretium vel ad ipsam rem hæreditariam agere; cùm bonæ fidei possessor hac tantum actione conueniri potest ad rem, quā pro re hæreditaria habuit, & non ad ipsam rem hæreditariam. Aretin. in §. actionum autem. num. 102. Instit. de act. D. meus Soc. iun. consi. 19. nu. 1. lib. 2. & si non pretium habuit, sufficit actiones actori cedere. l. si possessor. §. bonæ fidei. ff. de petit. hær. imò bonæ fidei possessor ad pretium receptum iam cōsumptum non tenetur, nisi quatenus locupletior sit factus. l. vtrùm. ff. de pet. hæred. 664

Et si rem hæreditariam vendiderit, & ex eodē pretio aliam rem emerit, non ad dictam rem emptam, sed ad pretium tantum hac actione illum conuenire poterit. l. sed & si lege. §. item si rem distraxit. ff. de pet. hæred. Alex. consi. 86. sub nu. 6. lib. 5. 665

Et si possessor bonæ fidei rem hæreditariam deinde redemerit, ab actore conueniri non potest nisi ad rem, & non ad pretium, & si aliquid eius occasione accessit, lucrum illud simul cum re restituere tenetur. l. si & rem & pretium, & ibi Castr. ff. de pet. hæred. benè autem fateor, quòd si rem alienatam non redemerit, in actoris facultate erit, rei vendicatione agere contra emptorem, vel contra venditorem ad pretium petitione hæreditatis, quatenus locupletior sit factus, & quatenus venditor teneri possit. dominus meus Soci. iun. consi. 19. nu, 2. lib. 2. 666

Et illa regula quæ dicit, quòd vna res loco alterius succedat, in vniuersalibus iudiciis sibi locum vendicat, vt in hæreditatis petitione est, l. si rem & pretium. ff. de petitione hæred. Angel. in l. item veniunt, num. 1. 667

ff. de

ff.de pet.hære.secùs verò est in rei vendicatione: nam in illa vna res alterius loco non surrogatur. Alex.consi.186.num.4. & nu.6.lib.5.

668 Si possessor autem bonæ fidei rem aliquam hæreditariam consumeret, quæro an teneatur, si mox à vero hærede conueniatur? tu distingue & dic: aut ex re consumpta ille, qui rem consumpsit, non fit locupletior, & tunc res consumpta pro parte ad damnum consumentis cedit, & pro parte ad damnum veri hæredis. l. sed & si lege. §.adeo. vbi glo. & Doct. ff. de petit.hæred. si autem ex dicta re consumpta locupletior factus sit, tunc ad rei æstimationem consumptor tenetur, dominus meus Socinus iun.consi.150.num.36. & seq. libro 1. si autem in mala fide esset, omnino tenetur, quia rem consumere non debebat. de qua sciebat cõtrouersiam fieri & ad alium pertinere. D.meus Soc.iun.consi.150. num.35.lib.1.

669 Et si quis bona fide expensas funerales fecerit, si deinde condemnabitur hæreditatem restituere, deducet sumptus, quos se in funeralib⁹ defuncti exequiis fecisse probat, l.in restituenda, & ibi Dd. C.de pet. hær. nam deductis expensis hæreditas est. Durant. in tract. de art.testan.tit.6.caut.42.num.4. quia etiam fructus dicuntur illi, qui deductis impensis & oneribus remanent. l.fructus, ff. solut. matr. dominus meus Cæphal. consi.290. num. 16. idem dicitur de pecuniis hæreditariis quoque creditoribus solutis, quæ deducuntur, l. de hæreditate, C.de petit.hæred.l. quod si possessor. & ibi Bart.ff.de pet.hæred.

670 Et expensas quoq; bonę fidei possessor deducet, quę in proxenetas bannitoresq; fiunt causa rem hæreditariam subhastandi, occasione soluendi creditoribus hæreditariis. Boer.decis.44.num.26.vers.quinimò.

671 Quæ conclusio etiam locum sibi vendicat, si fuerit & sit malæ fidei possessor, dummodò in eius animo destinauit, vt solutio cõmodo veri hæredis sit. Boer.decis.44.sub num. 14. vbi asserit hanc esse æquiorem crebrioremq; Doct.opinionem.

Et de

Et de his expensis & solutionibus non simplici dicentis verbo se expendisse creditur, sed illas omnino probare debet. Paris.consil.33.num.51.libr.1. cum expensæ non præsumantur factæ, nisi probentur. Bartol. in l.si quid possessor. colum.1. in fin. ff. de pet. hæred. Angel.in d.l.in restituenda.num.3.Corn.consil.36.nu. 6.lib.2. 672

Saltemq; coniecturalis probatio verisimilisq; arbitrio boni viri requiritur. Bal.in d.l.in restituenda. nu. 1.vers.2.not.& Salic.ibi dicit, quòd expensæ per soluẽtis sacramentum probantur, si arbitrio boni viri veri similes sint. ego autem puto id esse verum in expensis paruis, secùs verò est in magnis, quę per scripturas, vel per testes, vel alio legitimo modo probādę sunt. Boer. decis.44.sub nu.25.

Et si expensæ probantur, tunc de suis proprijs pecunijs solutæ præsumuntur; meritò si per eum deducantur, Bal.in d.l.in restituenda. in 3.not. 673

Et si quis in hæreditarijs rebus melioramenta bona fide effecerit, an sibi per retentionis viam consulitur antequam hæreditatem restituat? dic quòd quandoque ius excipiendi conceditur, quandoque ius agẽdi ad ęstimationem expensarum, & quandoq; potestas eximendi tollendique, quandoque nulla prædictorũ facultas datur, & ideò considerandæ sunt expensæ melioramentaque factæ & facta, an voluntariæ fuerint & ad ornatum tantum factæ, an necessariæ vel vtiles. Paris.consil.33. num.53.& seq.libr.1.& consil.55.nu.24. libr.3. 674

Et quales expensæ sint necessariæ, & quæ vtiles, & quæ voluntariæ ad ornatum tantùm factæ. text. est qui hoc declarat in l.impensæ.& ibi Alciat. ff.de verb.sig. Castr.cons.377.nu.1.lib.1.Paris.consi.33.num.55.libr.1. & quando melioramenta tollere possit, declarat Cast. d.consil.377.nu.1.tex.est in l.in fundo.ff.de rei ven. Alciat.in d.l.impensæ. 675

Et est in actoris facultate, quod ædificatum tollatur, vel soluendi expẽnsas, quas in dicta melioratione

bonæ fidei possessor fecit.d.l.in fundo. Ias.in l.fin. nu. 29.C.de iur.emphyt. Alciat. in d.l.impensæ. in verbo. Vtiles.circa medium. Iulius Clarus in §.feudum.q. 88. dummodo ne res sit deterior, quàm si ab initio non ædificatum foret.d.l.in fundo. Alciat.in loco proximè allegato vt suprà.

677 Et si Dominus rei eligat æstimationem melioramẽtorum soluere,non fit æstimatio, prout ædificium integrum incorruptumq; valet,sed prout rudera valent ab ædificio separata. Ias.in d.l.fin.nu. 29.secundum cõmunem Doct.opinionem,vt per Beroum quæst.suis famil.q.96.nu.4.vers. si verò feudum. sed Iulius Clar.in §. feudum. q.88.dicit,quòd opinio contraria est æquior,& quòd ab illa in iudicando non recederet, & æstimatio non fit, prout vendi poterat, sed potius prout in eo aliàs fuit expensum.Ias.in l.1.§.si heres percepto. num.10.ff.ad Treb.dummodo (vt dixi) melioramenta tempore restitutionis non sint deteriorata, vtputa si centum in melioramentis expendit, & tempore restitutionis melioramenta, nisi in quinquaginta reperiantur,tunc nisi quinquaginta nõ debentur. Negus.in tracta.de pign. in 4.membr.5.part.num.16.Boer.decis.44. sub num.25.ergo vt melioramentorum expensæ debeantur,non sufficit tantum fuisse impensum,nisi & quoque res meliorata sit;& hæc duo copulatiuè requiruntur,quod sit impensum, & res sit meliorata. quarè sis cautus in articulando expensas, & illas probando; vt concludas tam circa expensarum quantitatem, quàm quoque circa rei meliorationem, deducendo quod in tantum res propter expensas pretiosior est,quàm ante esset,aliàs non obtineret. Negus.in tract. de pigno.in 4.membr.5.part.nu.12.

678 Et expensæ,quæ fiunt in deboscando & terras arando,reficiendæ non sunt: si verò in plantandis vitibus vel arboribus factæ sint, si arbores sint fructiferi, vt vites,poma,& similes,tunc reficiuntur. Negus.in loco proximè allegato, vt suprà, faciendo æstimationem eo modo vt prædixi: secùs verò erit, si plantator malæfidei

læfidei possessor extitisset & esset: quia si plantaret, illud domino rei cederet. Ioan. de Ami. consilio 54. num.10.

Et si tamquam negotiorum gestor expensas fece- 679
rit, eas sine læsione prioris status rei deducet, si necessariæ fuerint, & illas iudicis officio repetet. l. domum. C.de rei vend. Alciat.in d.l.impensæ. in verbo, Vtiles.in fin.

Et bonæfidei possessor pro expensis necessarijs in re 680
factis ipsam rem quoque retinere poterit, donec melioramenta necessaria sibi soluta fuerint.arg. l.in fundo.ff.de rei vend.Corn.consi.147.nu.18.lib.2.Alexand. consi.154.nu.4.in fin.lib.6.Paris.consil.55.num.24.libr. 3.Boer.decis.44.nu.24.Cagn.latè in l.2.nu.153.& seq.C. de rescin.vend.

Bene autem fateor, quod illa melioramenta cum 681
fructibus per illum perceptis compensantur, etiam si melioramenta fuerint necessaria, prout est in hærede putatiuo, qui expēsas fecisset circa rei reparationem, siue in faciendo de nouo, siue in soluendo debita, & hoc per textum l.sumptus.l.emptor.ff.de rei vend. gl. est in l. certum. in verbo.Extantes. C.de rei vend.& ibi etiam Salicet.num.3.in fin.Ange.in d.l.sumptus. Alexan.consil.154.num.5.libr.6. Negus.in tract.de pign. in 4.membr.5.part.nu.12.& seq.Boer.decis. 44.num.15. & seq.

Et quamuis dicta iura in rei vendicatione loquantur, tamen ex rationis identitate sibi locum in petitione hæreditatis vendicant.D.meus Soci.Iun.consil.150. num. 31. & seq. libr.1.nam quando bonæfidei possessor ex re aliena respectu possessionis tantum fructus perceperit, illi tunc ita percepti cum melioramentis compēsantur.Ang.in d.l.emptor.n.1.prout & in paraphernalibus quoque fit:nam expensæ,†quæ per maritum in 682
rebus paraphernalibus fiunt, cum fructibus per eum perceptis compensantur.Io.de Am.consi.54.num.5.& seq.Bero. quæst.suis famil.quæst.22.

Et ita quilibet Dominus, qui ad rem & ad fructus 683

tempore meliorationis agere potest, compensare debet fructus cum melioramentis, quatenus melioramẽta fuerint facta. Alexan. consil. 154. num. 5. lib. 6. Neguſ. in dicto tracta. in 4. membr. quintæ part. num. 12. & seq. Boerius decis. 44. num. 20. & 24. circa medium. Berous d. quæst. 22. nu. 2. & seq. nam sicuti ex æquitate fructus ob bonam fidem bonæ fidei possessori conceduntur, ita ex eadem æquitate in expensis melioramentorum imputari debent. Neguſ. in loco allegato, vt suprà. nu. 13. in fin.

684 Secùs verò est, si bonæ fidei possessor fructus ex re sua percepisset, quæ in tempus restituenda erat, nam tunc fructus cum melioramentis non cõputantur. Bal. in l. emptor. prope fi. ff. de rei vend. Cast. consi. 94. col. 2. vers. quantum verò ad melioramenta. lib. 2. Alexã. in l. insula. §. fructus. nu. 6. vers. vltim. ff. solut. matri. Cur. Iun. consil. 6. sub nu. 27. Paris. consi. 33. nu. 53. & seq. libr. 1. ita hanc quoque distinctionem sequuntur Alexand. Negu. Boer. Bero. in locis præallegatis vt suprà, ratioq́ue in promptu est, nam viuente grauato fructus percepti erant sui: meritò si melioramenta per illum in re necessaria facta, cum fructibus per illum perceptis nõ compensantur. Castr. d. consil. 94. colu. 2. vers. quantum ad id. Boer. decis. 44. num. 21. & alij Doctores præallegati, vt suprà.

685 Et hac ratiõe videmus, quòd melioramenta per emphyteutam in re ecclesiastica facta, si res emphyteutica per lineam finitam ad ecclesiam reuerterit, & non propter eius culpam, vel dolum, vel propter canonem non solutum, hæredibus & quoque extraneis ipsius emphyteutæ mortui debentur. Bald. in l. emptor. in fin. ff. de rei vend. Ias. in l. fin. num. 27. C. de iur. emphyt. Deci. consil. 518. Iulius Clarus in tracta. suis in §. emphyteusis. num. 45. & in §. feudum. quæst. 88. Berous quæst. suis famil. q. 96. num. 4. vers. si verò feudum. nisi pactum inter emphyteusim & dominum in contrarium extaret: quia illud valeret & seruaretur. Ias. in d. l. fin. num. 26. tamen si pactum non extaret, melioramen-

ta debentur, & tunc quoque compensatio non fit cum fructibus per emphyteutam perceptis. Bald. in dicta l. emptor. Ias. in d. l. fin. num. 52. Neguſ. in d. tract. in 4. membr. 5. par. nu. 14. Boer. deciſ. 44. nu. 19. in fin.

Quæ conclusio etiam ampliatur, si melioramenta per emphyteutam de fructibus rei emphyteuticæ facta sint; quoniam illa melioramenta non cum fructib⁹ per eum perceptis computātur, sed per eius hæredem deducuntur, & sibi per retentionis remedium consulitur. Pariſ. conſ. 55. nu. 23. & seq. lib. 3.

Idem quoque dicitur de expensis necessarijs per maritum in rebus dotalibus factis, quæ dotem minuunt, dummodo non modicæ sint. Afflict. deciſ. 359. num. 2. & ratio est in promptu; nam matrimonio durante fructus rei dotalis mariti sunt. l. pro oneribus. C. de iure dotium. meritò si illi fructus cum melioramentis non compensantur. Neguſ. in d. tractat. in 4. membr. 5. part. num. 13. immò si maritus rebus in dotalibus expensas fecerit necessarias, & soluto matrimonio vxor in mora sit expensas hæredibus mariti soluendi, illos fructus suos faceret ad melioramentorum portionem respicientes, Neguſ. in d. tract. in 4. membr. 5. part. nu. 20. in fin. vbi dicit hác opinionem esse veram, & quòd illam Florentiæ seruari vidit. 686

Quam conclusionem reor esse veram, si expensæ vtilitatem perpetuam rei dotalis respiciant, & magnæ sint: secùs verò erit, si non perpetuam afferant vtilitatem, vel modicæ sint. nam hoc in secũdo casu maritus illas non deducet, sed cum fructibus perceptis cõpensabit. Alci. in d. l. impensæ. in verbo. Necessariæ. in fin. Boer. deciſ. 44. sub nu. 25. & in hoc iudicis officium residet. Pariſ. conſ. 33. nu. 56. lib. 1.

Et qui habet expensas de fructibus deducere, pretium operarum suarum detrahere poterit, quas in fructibus quærendis posuit. Boer. deciſ. 44. num. 23. versic. & ideo. 687

Ex his ergo resultat cõclusio clara, quòd bonæ fidei possessor, prout est hæres putatiuus, qui tantum respe- 688

ctu possessionis fructus ex re aliena perceperit, tunc melioramenta cum fructibus compensabit: secùs verò si ex re sua perceperit, quæ in tempus erat restituenda, hoc in secundo casu melioramenta cum fructibus perceptis non compensantur, secundum crebriorem Doct. opin. præallegatam. Alex. d. cons. 554. nu. 5. Curt. Iun. consil. 6. sub nu. 27. D. meus Soc. Iun. consil. 150. nu. 31. & seq. lib. 1. Negus. in d. tract. in 4. membr. 5. part. nu. 12. & seq. Boer. decis. 44. num. 15. Berous quæst. suis fam. q. 22. num. 4.

689 Verùm licet hæc sit magis communis Doct. opinio, videlicet, quòd bonæfidei possessor, qui respectu tantum possessionis fructus ex re aliena percepit, teneatur melioramenta cum fructibus perceptis compensare, vt perpenditur ex auctoritatibus præallegatis. tamen si tu contrariam de iure opinionem sustinere volueris, & illam sequi, sic argumentari poteris, & dicere, quòd bonæfidei possessor fructus ante litem motã suos facit. l. quæsitum. in fin. l. bonæfidei. ff. de acquir. rer. dom. Castr. cons. 94. col. 2. versic. præterea. libr. 2. in nouis. nisi fructus extent. l. certum. C. de rei vend. & ibi Salic. num. 3. vel nisi propter illos locupletior effectus sit. d. l. certum. l. si rem & pretium. ff. de pet. hæred. l. 1. & ibi Doct. C. eod. tit. sed sic est, sequitur conclusio clara, quòd præter duos istos casus limitatos fructus restituere non tenetur, ergo non tenetur melioramenta cum fructibus perceptis cõpensare; aliàs si velimus text. in d. l. sumptus. & in d. l. emptor. in his quoq; terminis loqui, sequeretur id absurdum & inconueniens, quod priores leges tollerent posteriores, & erit contra naturæ ordinem, cum immo priores leges, quæ posterioribus contrariæ sint, per nouas tolluntur, & non econtra. l. sed & posteriores. ff. de legi. merito si iura noua possessori bonæfidei permittunt (præter duos casus limitatos) fructus suos ante litem motam perceptos efficere, & non cum fructibus compensare, quia includendo dictos duos casus, ergo in cæteris prohibere videntur: cum inclusio vnius sit alterius exclusio.

sio.l. cum prætor. ff. de iud. ergo in cæteris dicta iura sunt generaliter intelligenda. l. de pretio. ff. de publi. cum sim.

Et si Imperator intelligere voluisset, in d. l. 1. & in d. l. certum. melioramenta cum fructibus à bonæfidei possessore compensari, & fructus propriè suos non efficere, sciuisset expressè dicere, prout dixit in dictis duobus casibus limitatis, vt suprà. cum igitur hoc expresse non dixit, merito intelligere noluit. arg. l. vnicæ. §. sin autem deficientis. C. de cad. tol. & in his terminis benè loquitur Boer. decis. 44. num. 19. vers. & maior pars. & nu. 23. & seq. vbi concludit bonæfidei possessorem non teneri fructus cum melioramentis compensare, ex quo fructus percepti consumptique ante litem, si non cum illis locupletatus sit, effecti fuerunt sui.

Et si hoc quoque casu hæc daretur compensatio, erit in vno instanti & simul dicere; quòd fructus essent sui & nō sui, & ita valde ridiculosum erit. nam magna implicaretur contrarietas & repugnantia, quæ de iure non permittitur. l. vbi repugnantia. ff. de reg. iur. igitur &c. Immò sicuti videmus, quod fructus per maritum ex rebus dotalibus vel per emphyteutā ex re emphyteutica percepti cum melioramentis non compensantur, hac vnica tantum ratione, ex quo viuente marito & emphyteuta efficiuntur sui, vt suprà dixi: ita ergo & fructus quoque in casu proposito per bonæfidei possessorem percepti ante controuersiam efficiuntur sui, nisi extent, vel cum illis locupletatus sit. d. l. 1. d. l. certum. si vtique illi sui effecti fuere, ergo illi prę ter duos casus limitatos (ex rationis identitate) cum melioramentis non compensantur.

Nec quicquam prædictæ propositioni obstat dicere, quòd sicuti ex æquitate fructus bonæfidei possessori conceduntur, ita ex eadem æquitate cum expensis melioramentorum imputari debent. vt Negus. in contrarium tenens ita arguebat in tract. de pign. in 4. mēb. 5. part. num. 13. in fin.

690 Nam huic forti & colorato argumento respondeo, & dico, illud esse verum & procedere posse, si constare vel apparere potuisset, quòd cum fructibus perceptis, vel illis mediantibus bonæfidei possessor melioramenta in re hæreditaria necessaria, vel vtilia effecit, illi tunc cum melioramentis computantur, ex quo cõstaret eo in casu illum cum eis locupletatum fuisse, ad quorum restitutionem tenetur. l.1. C. de pet. hær. l. certum. C. de rei vẽd. merito si dicto quoque casu fructus cum melioramentis cõputantur. d.l. sumptus. d.l. emptor. secùs verò erit, si non constaret, illum dicta melioramenta cum fructibus rerum hæreditariarũ perceptis effecisse. nam eo tunc casu non fit compensatio; ex quo cessat ratio, quæ præcedenti casu viget; ergo & eius dispositio. l. adigere. §. quamuis. de iur. patr. c. cum cessante. de appellat. & tunc sinus propriè in termino d.l.1. & d.l. certum. quia fructus ante litem motam effecti fuerunt sui, igitur &c.

Benè autem verum est, quòd si bonæfidei possessor suum patrimonium alienaret, causa faciendi melioramẽta necessaria vel vtilia, & voluisset petere fructus, vel interesse pecuniarũ suarum, quòd hoc in casu fructus percepti ex rebus hæreditarijs cum istis compensantur ex eadem æquitate; vt loquitur Negusantius in loco allegato vt suprà, sed illi cum sorte non compensantur, quia illi fructus iam consumpti effecti fuerunt sui, merito si cum melioramentis, quo ad veram sortẽ expensarum, non computantur. Boer. dec. 44. nu. 26.

Et si doctorum rationes rectè in contrarium tenentium cõsiderantur, magis pro hac opinione mea, quã econtra faciunt. Nam Alex. d. consi. 154. num. 5. lib. 6. & Berous d. q. 22. nu. 2. dicunt, quòd fructus à bonæfidei possessore percepti in impensam computantur, per illum vtiliter vel necessariè factam, si tales fructus de iure ad eum spectabant, qui rem petit sibi restitui. secùs verò erit, si fructus eo tempore ad illum non spectassent, & hoc per glos. communiter receptam in d.l. emptor. in verbo. superfluum. in fin. vt per Alex. & Beroũ suprà.

suprà.sed sic est, in casu nostro ad verum hæredẽ fructus iam consumpti eo tempore non spectabant, sed ad putatiuum tantùm hæredem, qui in bonafide extitit, merito eos non restituere tenetur;quia illi effecti fuere sui, dummodo fuissent percepti ante controuersiam, vel litem motam, & non extarent, vel nõ cum eis locupletatus fuerit. d.l.certum. d.l.1.& ibi scribentes. merito si hoc in casu. hæres putatiuus fructus cũ melioramentis non compensat, & hoc modo hæc mea opinio à contrarijs impugnationibus, tanquam æquior & de iure verior, remanet defensata.

Quid si melioramenta & expensas necessarias vtilesq;, in res hæreditarias fecerit, illasq; retinere voluerit, nunquid possit? distinguitur, aut est bonæ fidei possessor, & dictas expensas consequitur, si res extat, siue combusta sit. si est malæfidei, illas non cõsequitur, nisi quatenus res extat, & res melior effecta sit. Alciat. in l. impensæ. in verbo. vtiles. circa medium. de verb. sign. 691

Quæ distinctio mihi nullo modo placere potest; nã si est bonæfidei possessor, qui centum expendisset, si restitutionis tempore melioratio nõ sit nisi in quinquaginta, non nisi quinquaginta debentur. Negus. in tract. de pigno. in 4. membr. 5. part. num. 12. & 16. Boer. decis. 44. sub num. 25. si res non extat, melioratio quoque non est, ergo non debetur. Docto. allegati suprà, & vt aliàs tetigi.

Si verò est malæfidei possessor, & meliorasset rem hæreditariam, illæ expensæ nõ debentur; cum illa melioratio Domino rei cederet. §. & ex diuerso. instit. de re. diuis. Io. de Am. cons. 54. nu. 10. ergo in omni casu patet, distinctionem Alciati non de iure esse veram. 692

Et si malæfidei possessor esset, qui bona hæreditaria alienaret, erit in veri hæredis facultate, agere hac actione ad rem vel ad pretium. l. si à non domino. §. si prædo. ff. de pet. hæred. Aret. in §. actionum autem. sub nu. 102. Instit. de act. Plot. in l. si quando. nu. 510. C. vnd. vi. nisi alienatio, quam fecerit, fuerit necessaria & expediens; nam hoc in casu in petitione hæreditatis venit;

quòd ex contractu tantum habito super re hæreditaria percepit.l.item veniunt.in prin.& ff.de pet.hęred. & ibi Ang.in princ.in d.§.actionum autem.sub nu.102. vers.aut erat.nam prædo bona hæreditaria cum causa alienare potest.l.diuus.ff.de pet. hæred.Ang.in d.l.itē veniunt.num.1.

693 Et si aliquid vtile pro hæreditate prædo emerit, in hac hæreditatis petitione venit, dummodo pretium, si de sua bursa pecuniaque solutum fuerit, eidem restituatur.d.l.item veniunt.in princip.Aret.in d.§.actionum autem.sub num.102.Boer.decis.44.num.25. propè fin.

694 Et prædo pluribus dicitur modis, vt aliàs dixi, & latè per Plot.in l. si quando.num.508.& pluribus sequ. C.vnd.vi.& quando quis est pręedo, tenetur ad restitutionem nedum fructuum perceptorum, sed & quoque percipiēdorum.l. sed & si lege.§.quod autem ait.& ibi Bartol.ff.de pet. hæred.l.domum.C.de rei vend.Ias. in d.§. actionum autem. num. 234. siue ante litem contestatam siue post.Plot.in d.l.si quando.nu.512. & quoque prædo ad emendationem damni rei hæreditariæ consumptæ vel deterioratæ tenetur, si res hæreditaria consumatur, vel eius dolo deterioretur.D.meus Soci. Iun.cons.150.num.35. lib.1. & hoc quoque in casu contra eum in litem iuratur.Plot.in d.l.si quando. nu.508. & seq.

695 Et fructus in casibus, in quibus peti possunt, vt dixi, eodem iure cum ipsis rebus hęreditarijs veniunt.glo. est in verbo.fructibus. in l. si post motam. vbi etiam Barto. num.3.& seq.& ibi etiam Salicet.num.1.& 4.C. de pet.hęred.& ratio est; nam iudicium vniuersale augumentum diminutionemque recipit.l.item veniunt. §.item nō solum.ff.de pet.hęred.Bartol. & Salicet.in d.l.si post motam.Aret.in §.actionum autem.num.103. versicul.ac etiam.vbi etiam Ias. num. 235.& seq.Instit. de act.

696 Et hæreditas fructibus augetur, cum ab eo possideatur, à quo peti potest. d. l.si post motam. §.fructibus.

intel-

intelligendo vt supra plenius dixi, hinc est, quòd si oues natæ sunt, deinde ex his aliæ, hæ quoque quasi augumentum restitui debent. l. quod si oues. ff. de pet. hæred.

Iudiciũ autem particulare, quod certos habet limites, non vltra progredi potest, merito si in iudicio particulari fructus non veniunt. gl. est in d. l. si post motã. in verbo. fructibus. & ibi Bald. num. 2. & Sal. nu. 10. Ias. in d. §. actionum autem. num. 235. nisi fructus sint pendentes: nam tunc reor quòd in rei vendicatione veniant. l. fructus pendẽtes. ff. de rei vend. Bar. in d. l. si post motam. nu. 5. secùs verò erit, si fructus à terra erunt separati, nam tunc aliæ res dicuntur. Bartol. in d. l. si post motam. num. 5. 697

Prætereà dico, quòd in vniuersali quoque iudicio, vtputà petitionis hæreditatis, in libello fructuum specificatio non est necessaria. d. §. item nõ solum. vbi Ange. sed ex iure intentato veniunt, quia petitio hæreditatis est apta illos comprehẽdere. secùs verò est in rei vendicatione, in qua, si fructus petere voluerit, debet illos specificare; cum rei vendicatio non sit apta illos comprehendere, nisi in libello demonstrentur. Barto. in d. l. si post motam. nume. 3. & sequ. & ibi etiam Bald. num. 2. Salice. num. 10. Ias. in d. §. actionem autem. num. 235. & seq. at ego hanc intelligo conclusionem esse veram, & in rei vendicatione loqui de fructibus ante litem contestatam perceptis. nam post litem contestatã illi veniunt, licèt in libello non specificentur. Bald. in d. l. si post motam. num. 2. & si fructus ante litem cõtestatam percepti in rei vendicatione in libello particulariter non nominantur, & actor ad fructus quoq; agere vellet, nouo iudicio opus est. Bart. in d. l. si post motam. nu. 4. 698

Et si controuersia † de hæreditate sit, legatarij contra hæredem scriptum agere possunt, & præstita cautione suum consequuntur legatum, vel litis euentum expectare possunt. creditores autem cautione non pręstita, contra possessorẽ vel hæreditatis petito- 699

rem

rem agere possint, & si possessor deinde succũbat, deducet omne quod soluerit. si verò à petitore soluãtur, & mox succumbat, petitor à possessore hæreditatis repetet. tex. est ad litteram in l. fin. & ibi Doct. C. de pet. hæred. sed si hæres, qui grauatus fuit hæreditatem tali restituere, legatarijs vel creditoribus hæreditarijs ex sua burta pecuniaq; soluerit, repetet omne solutum à fideicommissario, qui ad dicta onera tenebatur. l. 1. & 2. C. ad Treb. Paris. cons. 55. num. 27. lib. 3.

700 Quæro nunquid † eo in casu electio legatariorum sit in exigendo vel cauendo, vel potius hæredis in retinendo legata. & cauendo, dic quòd in dubio electio legatariorum est. nam licèt in alternatiuis, in dubio regulariter debitoris electio sit. l. plerumque. §. fin. ff. de iur. dot. regula. in alternatiuis de reg. iur. in 6. gl. est in l. fin. in verba. Cautione. in fin. & ibi Bal. nu. 5. & Salic. col. 3. in 8. oppos. C. de pet. hær. Imol. cons. 13. nu. 6. Ro. cons. 192. nu. 1. Soci. cons. 56. sub nu. 5. & seq. lib. 1. Ias. in l. quæ de legato. nu. 12. ff. de lega. 1. Afflict. decis. 397. nu. 7. vers. in hac dubitabili. Paris. cons. 33. nu. 51. lib. 1. tamẽ in vltimis voluntatibus secus est, in quibus in dubio electio legatariorum est. glo. est fin. in l. plerumq;. §. fi. & ibi Bald. & Salic. in loco proximè allegato vt supr. ff. de iur. dot. Ias. in d. l. quæ de legato. nu. 12. Dec. consi. 12. nu. 1. versi. tertio facit. & hæc est communis Docto. opinio. vt per Corn. consi. 115. sub nu. 2. lib. 4. & per Durant. in tract. de art. testa. tit. 6. caut. 13. num. 1. electione autem facta non erit ei licitum variare. Anchar. consi. 214. num. 3. Corn. consil. 76. num. 2. libr. 3. Afflict. decis. 397. num. 7. [illegible]

701 Et si diceretur, quòd licèt creditor, qui debitoris bona habeat sequestrata, debitum à debitore quoque petere potest, tamen dico id esse verum in creditore, qui non sit satisfactus. Deci. consi. 12. nu. 2. propè fin. sed nõ sic est in legatario electione facta. Doctores præallegati vt suprà.

702 Et qualis sit † cõgrua cautio hæredi à legatarijs præstanda, declara, vt per Bal. in l. fin. nu. 7. C. de pet. hære.

&

&ratio,quare à legatarijs & nō à creditoribus præstatur, est ista: quia credita non possunt fieri indebita, sed legata sic. gl. est in d.l.fi. in verbo, Satisdatiōe. ita quod si creditoribus soluit de hæreditate, perinde est, ac si nec debitum nec pecunia per illum soluta fuit: si de suo auté proprio soluit, & dico, quod solutum ex hæreditate deducet, Boer. decis.44.nu.25.propè fin.

Si hæres † autem putatiuus non habita cautione à legatario legatū indebitū soluerit, numquid ipse illud indebitum solutum imputat vero hæredi saltem per retentionem. & dic regulariter quòd sic, si ante cōtrouersiam motam illud legatū indebitè soluerit. l.quod si possessor. ff. de pet. hæred. secùs verò erit, si post controuersiam motam legatum soluerit. nam in culpa erit, immò in dolo: meritò si hoc in secundo casu periculum ad hæredem putatiuum spectaret ita absq; cautiōe soluenti. l. si possessor. §. sed & si Senatus. ff. de pet. hær. gl. est in d.l. quod si possessor. in verbo. Satisfaciat. & ibi Bart. & Ang. D. meus Soc. Iun. consil. 150. nu. 57. in fin. & seq. lib. 1. 703

Si hæres putatiuus ante controuersiam motam legatum indebitum soluerit, illud credendo fuisse debitū, ex quo in testamento scriptum & legatum erat, in quo ipse se hæredem prætendebat esse, & solutionem de rebus hęreditarijs fecit; dico quòd illa solutio proculdubio vero hæredi in restitutione hæreditatis imputatur, & tantò minus condemnari debet, cessa eidem cōdictione indebiti, quam habet. l. quod si in diem. §. fin. in fi. ff. de pet. hære. gl. est in l. quod si possessor. in verbo. Vti debebit. vers. si verò indebitum. ff. de pet. hær. 704

Quę conclusio quoque ampliatur, si de suo proprio legatum soluisset, dūmodo iustam causam habuerit, credendi legatum fuisse debitum, & non indebitum. gl. est in d. verbo. Vti debebit. vers. nisi iustissima. quā opinionem dicit esse veram Ang. in d.l. quod si possessor. in fin. secùs verò erit, si alicui prætenso creditori indebitum soluerit, non in testamēto nominato, dico, quòd si de suo proprio soluerit, illud solutum verò 705

hæredi

hæredi non imputabit, sed hæres putatiuus solutũ creditori non debitũ repeter.d.§.sed & si Senatus.D.meus Soc.Iun.d.cons.150.nu.50.

707 Quæro an petitio † hæreditatis hæredi tam ex testamento, quàm & quoque ab intestato succedenti competit. & dico, quòd sic. text.est, & ibi glos. in l.1.ff.de petit.hæred.Bald.consil.457.num.1.libr.3. Aret.in §.actionum autem.num.104. & Ias.num.114.Instit.de act. Pract.Pap.in form. lib. pro hæred.ab intest.in gloss.1. num.1.Roland.consil.1.num.13. lib.1.& hoc siuè hæres sit insolidum, siue pro parte. l. licèt minimam. ff. de pet.hæredit.Aret.in dict.§.actionum autem. nume.99. & Ias.nume. 216. siuè hæres per se sit, siue per mediam personam alterius quoque extranei sit. Aret. in d.§.actionum autem. nu.98. & Ias. nu.214.D.meus Soc.Iun. cons.19.nu.1.& seq.lib.2.

707 Et petitio hæreditatis non tantum hæredi, sed & hæredi hæredis competit. Afflict.decis.374.num.3. etiam si successores mille fuissent, quorum vnus alteri successisset, vltimo hæredi petitio hæreditatis competeret. Ias.in d.§.actionum autem. num.209.

Petitioq; hæreditatis fisco quoq; competit, qui per confiscationem fuit hæres, & contra possidentes pro hærede, vel pro possessore agere poterit. Fran.de Aret. consi.103.num.3. in fin.& seq. & fisco quoq; competit, quando ille indigno succedit, in quem iura actiuè & passiuè transeunt. Deci.cons.235.col.pen.propè fin. Alex.consi.172.nu.4.lib.5.

708 Filio autem † hæreditatis petitio pro legitima sua consequenda non competit. Bald.in l.incerti.nu.12.C. de interd. Aretin. in actionum autem.nu.90.& Ias.nu. 216.& 227.Insti.de act. Alexã. in l.fin.nu.6.& Zuchard. num.163.& seq.C.de edicto D.Hadr.toll.Crau.consil. 109. sub num. 5. non obstante quicquid in contrarium dixerit Balb. in tract.præscript.in 4.part.quintæ part. princ.quæst.23.nu.3.

706 Quæ conclusio quoq; ampliatur, si filius à patre in legitima institutus sit: nam legitima est quota bonorũ, & non

& non hæreditatis, quæ deducto ære alieno filio debetur. l. Papian. §. 4. ff. de inoffic. testamē. & iura actiuè & passiuè in filium non transeunt, qui in legitima tantū sit institutus: quia (vt dixi) illa ære alieno deducto filio debetur. d. §. 4. sed non sic est in hærede vniuersali, vel particulari in hæreditate incerta instituto: meritò si dicto filio in legitima tantum instituto hæreditatis petitio non competat. Aret. & Ias. in locis præallegatis, vt suprà, nisi filius in sua legitima, non dato hærede vniuersali, vel dato & hæreditatem repudiante, vel hærede vniuersali defuncto viuente testatore, institutus sit: nam tota hæreditas filio accresceret. l. 1. §. si ex fundo. ff. de hær. inst. l. cohæredi. §. fin. ff. de vulg. & pup. subst. Ias. in Auth. nouissima. nu. 13. in fin. C. de inoffi. testa. merito si in hoc quoque casu petitio hæreditatis filio competat, & in hoc non differt petitio hæreditatis à remedio quorum bonorum, & à remedio l. fi. C. de edict. D. Had. tol. vt ibi latè dixi, ad quem locum me reijcio, ne idem repetam.

Et in petitione † hæreditatis veniunt omnia bona, quæ simpliciter defunctus tempore suæ mortis detinebat, videlicet commodata, vel deposita, siue corporalia, siue incorporalia, & iura. l. non tantum. ff. de pet. hære. Ias. in tit. de prælud. feud. num. 4. propè fin. & in dict. §. actionum autem. num. 231. Pract. Pap. in forma lib. pro hæred. ab intesta. gloss. 1. num. 8. Alexan. consil. 72. num. 4. lib. 5. Curt. Iun. consil. 30. num. 11. Rolād. consil. 44. num. 4. lib. 1. & bona feudalia, emphyteuticaque etiam veniunt. Ias. in d. §. actionum autem. num. 233. & in l. 1. num. 72. C. de iu. emphyt. dummodo in rebus feudalibus non aduersus filium, vel alium agatur, qui in feudo incontinenti post defuncti mortem succedat, & ad quem feudum spectat: quia contra illum petitio hæreditatis non datur. Alex. consil. 41. num. 13. lib. 1. Ias. in prælud. feud. nu. 43. Durant. in tract. de art. testa. titu. 11. caut. 20. nume. 4. Decis. Pedemontani 26. nume. 16. secùs verò erit, si feudum filio non spectaret, vel agnato, qui post defuncti mortem in feudo nō succederet, 71

licèt

licèt in inuestitura comprehensus esset, tamen hoc in secundo casu dico, quòd petitiò hęreditatis contra illum competeret. l. non tantum. ff. de pęt. hær. Alex. cõs. 91. nu. 13. lib. 1. Ias. in tit. de prælud. feud. num. 43. & seq. Duran. in tract. de art. test. tit. 11. caut. 20. nu. 4. Cur. Iun. cons. 30. nu. 10. & hęc est verior & communior Docto. opin, vt per D. meum Soc. Iun. cons. 75. nu. 30. lib. 1.

Et quamuis Alex. d. cons. 91. nu. 12. plures alias Doct. opiniones recitat, & prima est, quòd emphyteuticum in hæreditatis petitione venit, si à priuato, & non ab ecclesia concessum fuisset, vel quando quis emphyteusim pro se & suis hæredibus accepisset. nam tunc emphyteuticum in petitione hæreditatis veniret: secùs verò est, si sine illa dictione, hæredibus, acquiratur, vt ibi per Alex. quæ opinio quoque fuit sequuta à Decis. Pedem. 26. nu. 17. tamen Alex. in d. consi. 91. nu. 13. in prima opinione residet, & dicit, quòd illa est pura & mera veritas, à qua in iudicando & consulendo non est recedendum.

711 Et in petitione † hæreditatis sufficit probare, defunctum possedisse, vel detinuisse rem petitam tempore eius mortis, & agentem esse hæredem. l. item videndũ. §. fin. cum l. seq. ff. de pet. hær. & ibi Bar. & Scribentes, Franc. de Aret. consi. 103. nu. 3. in fi. Corn. consi. 207. nu. 1. lib. 1. Calcan. consi. 69. col. 3. in prin. Gozad. consi. 50. nu. 1. Durant. in tract. de art. testa. tit. 11. caut. 20. nu. 4. & si actor non probaret, se esse hæredem, & legitimè hęreditatem adiuisse, sibi hæc actio non competeret: & hæc duo necessariò ex actoris parte sunt probanda, aliàs succumberet. Alex. consi. 176. nu. 1. lib. 5. Paris. consil. 48. nu. 9. lib. 2. præsupposita interrogatione pro actoris parte, responsioneque pro rei parte, qualiter reus possideat, pro hærede, vel pro possessore, aliàs contra illum petitio hęreditatis non daretur. d. l. regulariter. d. l. hæreditatis.

712 Et non sufficit, † quòd reus detineat, sed necesse est, quod possideat, per text. in l. etiam, si putauit. §. si quis absentis. ff. de pet. hær. Soci. consi. 122. nu. 11. lib. 4.

Et

Et hoc etiam per tex.l.regulariter.ff.de petit. hære. qui dicit, quòd reus pro hærede, vel pro possessore possidere debet,& non dicit detinere,& aliud est possidere,& aliud detinere.Pract.Pap.in Form.interrog. fienda cum reo conuento in act.real.in gl.vel etiam.& aliud est quoque possidere, & aliud est in possessione esse.Dec.in c.consultationis.num.5. de off.deleg.Curt. Iuni.consi.168.num.37.Neguf.in tracta.de pignor.in 4. part.princ.num.10.

Et quamuis appellatione possessionis veniat etiam detentatio. Zuchard.in l.fi.nu.309. C.de edict.D.Had. toll.tamẽ dico,quod hoc intelligitur largo modo.Iaf. in l.1.nu.36.ff.de acq.poss.& detentatio est simplex custodia,sed in possessione ius adest. Iaf.in d.l.1.num.36. ergo possessio & detentatio inter se differũt;vnde nõ benè de vno ad aliud infertur, tamquam ex diuerso.l. Papin.exuli.ff.de min.l.naturaliter.§.nihil commune. ff.de acq.poss.meritò si contra detinentem tantum petitio hæreditatis non datur, nisi nomine alterius, pro quo detinet,conueniatur. d.§.si quis absentis. 713

Sed in dubio quis proprio nomine possidere censetur,nisi illum nominet,pro quo detinet, & non nominando ipse conueniri petitione hæreditatis potest. Plot.in l.si quando.nu.88.C.vnd.vi.malè igitur & perperam loquutus est Corn.consi.47.nu.8.& conf.91.nu. 1.lib.4.Calcan.conf.67.nu.5.circa medium,vbi dicunt, sufficere reum possidere, vel detinere, ad hoc,vt petitio hæreditatis contra illum competat. 714

Et ex actoris parte non requiritur, titulum defuncti que dominium probari:nam hęc probatio extra naturam iudicij petitionis hæreditatis erit.Bald.in l.hæreditatis.num.4.in fin.C.de petit.hæred. Castr.consil. 138.num.1.circa medium.lib.2.hinc est, quòd res commodatæ, vel depositæ, & similes,tempore mortis penes defunctum existentes,in hac hereditatis petitione veniunt.l.& non tantum.ff.de pet.hær.Bald.in l.hæreditatem.nu.1.C.in quibus caus.cess.long.tempor.præscrip.Alexan.consil.73.nu.4.lib.5. Iaf.in tit.de prælud. 715

feud.num.44.& in §.actionum autem.num.23. Institu. de acti. Curt. Iunior consil.30. nume.11. Calcan. consil. 67.col.3.in fi.

Et ideò, si quis bona alicuius peteret, tamquam eius hæres, licèt in libello diceret, illum fuisse dominum, non tamen id probare tenetur. sufficit autem tantum defuncti possessionem probare. Bal. in d.l. hæreditaté. nu.1. Castr. consi.138.nu.1.& seq.lib.2. Corn. consil.207. num.1.lib.1.

716 Bene autem verum est, quòd reus dominij exceptionem opponere potest, per regulam: dolo facis petere, quod restiturus es, & tunc dominij exceptio admittitur. Aret. in d.§. actionum autem. num.103. in fi. quam conclusionem dico, esse veram, si excipiens incontinéti dominium paratus sit probare: nam tunc dominij exceptio non reijcitur, aliàs secus erit. Ias. in l.3.§.genera.num.25.ff. de acquir. poss. Rip. in l.1.nu.12.ff. quorú bonor. Negus. in tractat. de pignor. in 2. membr. tertiæ part. num.21.

Quæ conclusio limitatur non procedere, quando reus cum vitio in possessione esset. Rip. in d.l.1.nu.12. in fin.& limita etiam dictam conclusionem alijs duobus modis, vt per Rip. in l. naturaliter.§. nihil commune. nu.101.& seq.ff. de acq. poss.

717 Si verò reus exciperet, illam rem tertio, & non actori spectare, propter hãc exceptionem actor non repellitur: nam dato, quòd actor rei dominium non habeat, tamen ei satis est, quòd res per defunctum tempore eius mortis fuerit possessa, vel detenta. d. l.& non tantum. & licèt exceptio tertij in rei vendicatione actoré excludat, non tamen in petitione hereditatis sic est. Alex. consi.91.num.13. vers. nec poterit. lib.1.

718 Et si quis ex testaméto hæres sit, & illud producat, testatoris mors absque alia eius probatione probata censetur, Calcan. consi.67.col.3.in prin. Ruin. consi.28. num.2. circa medium. lib.5.

Quam conclusionem in petitione hæreditatis reor non esse veram; tum quia varijs ex causis testamentum apud

apud hæredem reperiri potest; tú quia de alterius successione & cum causæ cognitione tractatur, meritò si mors sit plenè probanda, si defunctus in ciuitate vel patria sua mortuus sit. Aret. in d. §. actionum autem. nu. 105. Lanfran. in c. quoniam cõtra. in verbo. testium depos. num. 185. & seq. de probat. Corn. cons. 10. nu. 4. vers. his tamen. libr. 1. Alexan. consi. 25. num. 4. & seq. libr. 4. D. meus Socin. Iun. consil. 6. num. 10. lib. 2. Boer. decis. 288. nume. 1. Crauett. in tract. de antiqu. temp. in 1. part. num. 264.

Si verò in longinquis partibus testator mortuus sit, 719
& per quinquenium absens extiterit, & de illo scientia nunquam fuerit habita, mors testatoris per famã probatur. Bartol. in l. 2. §. quod si dubitetur. ff. quemadmod. testa. aper. si fama legitimè articulatur & probatur, prout de iure requiritur. Deci. cons. 575. num. 7. & seq. D. meus Cæphal. cons. 65. num. 44. & pluribus seq. & plenè hunc articulum tetigi in tracta. adipiscendæ poss. à iure ciuili prouenientis, ideo tu dic, vt ibi declaraui.

Si hæres autem ab intestato sit, debet quoque proba- 720
re, se liberum, vel agnatum proximiorem esse, & non sufficit se esse agnatum, nisi quoque probet se esse proximiorem defuncti, & illius mortem probare debet, & prædicta omnia plenè, aliàs succumberet. Aret. in d. §. actionum autem. nu. 105. in fin.

Et si actor in hæreditatis petitione ageret, & dice- 721
ret se abintestato hæredem esse, si per reum conuentũ testamentum defuncti producatur, dico, quòd actor malè ageret, & succumberet, & ius iterum agendi (si eidem competeret) reseruaretur. Bald. cons. 457. nu. 1. lib. 3. & cons. 404. nu. 1. lib. 5.

Et caueat quoque hæres dicere, se dictam hæredi- 722
tatem possedisse, id est, bona hæreditatis, & possidere desijsse; quia ei petitio hęreditatis non competeret. Alexan. consil. 183. num. 2. & consil. 185. num. 2. libr. 5. & consil. 89. numer. 1. libr. 2. Aret. in d. §. actionum autem. nume. 106. & Ias. ibi nume. 238. idem Ias. in l. vt respon-

 sum.

ſum.nu.2.C.de tranſact.Durant.in tract.de art.teſt.tit. 11.caut.20.nu.6.Ioã.de Ami.conſ.120.num.6.vbi dicit, hanc eſſe communem Docto.opinionem.D.meus Soc. Iun.conſi.47.num.23.lib.2. & in hoc petitio hæreditatis ab interdicto quorum bonorum non differt. Rolã. conſ.1.nu.16.lib.1.& conſ.75.nu.20.& ſeq.lib.2.

Et ideo cautela eſt,quòd reus poſitiones producat, in quibus dicat, actorem rem petitam poſt defuncti mortem poſſediſſe.nam ſi actor reſpondebit quòd ſic, ſuccumbet.Specu.in tit.de poſit.§.vltim. num.9.vel ſi reus probaret,actorem quandoque poſt defuncti mortem poſſediſſe,ſuccumbet.Aret.in d.§.actionum auté. num.106.& ibi Iaſ.num.238.& idem Iaſ.in l.edicto.nu. 9.C.de edict.Diu.Hadr.tol. Alex.conſ.89.num.1.lib.2. Marant.in tractat.de ord.iud.in quarta part.diſtinct.7. num. 6. & alij Doctor.communiter præallegati vt ſuprà,non obſtante quicquid dixerit Bald. conſ.12. num. 5.libr.1. & Pract.Pap.in form.libel.quo pet.hæred.ex teſta.in glo.in verbo.ac etiam.num.1.cum contra communem Doctor. opinionem loquantur,à qua in iudi-
723 cando & conſulendo non eſt † recedendum. nam ille iudex, qui ſingulari inhæret opinioni relicta communi ſententia,per imperitiam iudicare præſumitur. Iaſ. in l.iuſiurandum.num.15.& ſeq.ff.de iureiurã.Alexan. conſil.95.num.6.libr.2.Deci.conſil.482. num.16.& erit contra ſtimulum calcitrare. Crau.conſ.91.num.11.in fi. & iudex ſuam læderet conſcientiam. D.meus Soc.Iun. conſ.131.num.2.lib.1.

724 Et procurator actoris ſemper debet animaduertere antequam agat, ne iudicium petitionis hæreditatis contra titulo poſsidentem proponat,cum regulariter petitio hæreditatis contra titulo poſsidentem nõ detur. l. regulariter. ff.de pet.hæred.l.hæreditatis.& ibi Doct.communiter.C.de pet.hæred.Bald.conſ.457.nu. 2.lib. 3. Angel.conſ.161.num.1,verſ.ſuper tertio.Corn. conſil.23.num.2.circa medium.libr.1.Alexã.conſil.186. num.2.lib.5.Iaſ.in l.vt inter diuinum.num.19.C.de ſacroſanct.Eccleſ.& in§ ſed iſte.num.24.& in §.actionũ

autem.num.218.Inst.de act.Gozad.conf.50.num.13. Parif.confi.48.num.14.lib.3.D.meus Soc.Iun.confi.75.nu. 7.& confil.77.num.157.lib.1.Balbus in tract.præfcript. in quarta part.princip.quæfti.16.num.2.& in l.Celfus. num.10.ff.de vfucap.Roland.conf.1.num.15 lib.1.& cõfil.75.num.16.& feq.lib.2.& in hoc petitio hæreditatis ab interdicto quorum bonorum non differt.Deci. Pedemontani 56.num.1.& fequ.Roland.d.confi.75.nu.16. & feq.& ratio eft in promptu;nam ille,qui titulo poffidet, propter titulum & poffefsionem ius æquale cũ actore habet, merito fi actio præualeat; cum in pari caufa melior conditio pofsidentis eft. l. finautem.§.fi duobus.cum l.feq. ff. de public. c.in pari.de reg.iur.in fexto,merito fi regulariter petitio hęreditatis contra titulo pofsidentem non datur. Scribentes communiter in d.l.hæreditatis.Iaf.in l.1.nu.10.C.de inoffi.tefta. & in d.§.actionum autem.nu.218.Alex.conf.186.num.3. lib.5.Rol.conf.75.nu.16.& feq. lib. 2.& cæteri Doctor. præallegati vt fuprà.

Quæ regula pluribus limitatur modis, primò non procedit,quando poffeffor fcit titulum effe nullum,& pro non titulo haberi, quia tunc talis titulus petitionem hæreditatis non excludit.l.nec vllã. §. 1.ff.de pet. hæred.l.quod vxor.ff.de acquir.poffeff.glof.in l.hæreditatem.in verbo.non pofsit. C. in quibus ceff. long. temp.præfcrip.Bald.confil.457.num.3.libr.3.& confil. 404.num.2.prope fin.lib.5.& in l.fin.num.35.& ibi etiam Alexã.num.29.Iaf.num.36.& Zuchard.num.434.C. de edict.Diu.Hadr.tol.Iaf.in l.1.num. 10.verf.decimo. C.de inoffi.tefta.& in d.§.actionum autem.num.218.& 222.Balbus in repet.l.Celfus.num.10.ff.de vfucap.Rip. in l.1.num.7.ff.quor. bon. Alex.conf.147.num.3.& feq. libr.7.Ruin.confil.147.num. 18.lib.3. Afflict.decif.374. num.7.Roland.confi.48.num.12.& feq. libr.1.& hoc in cafu ceffat ratio per Bartol. & alios reddita in d.l.pro hærede.quæ eft,quòd in pari caufa conditio pofsidentis potior fit.d.c.in pari. fed difpar eft, quia agens verum titulum habet,& reus minimè,nifi titulum puta- 725

tiuum tantum. merito si petitio hæreditatis contra titulo putatiuo possidentem datur. Alex.conf.147.nu.4. lib.7.Rolan.conf.48.nu.13. & seq. lib.1.etiam si talis titulus ex defectu solennitatis esset nullus. Rolan.d.consi.48.sub num.20.

726 Et quamuis iustus error pro titulo habeatur, dico, id esse verum, quantum ad vsucapionem, & ad præscriptionem; non tamen pro titulo habetur, quantum ad repellendum actorem, qui hæreditatis petitione agit. Bald.in l.fin.num.35.& ibi etiam Ias.num.36.C.de edicto D.Hadr.toll.Castr.conf.70.num.9.versi.breuiter. lib.1.Alex.consil.147.num.3.& seq.lib.7.Bart.in l.1.nu. 3.& Rip.num.7.ff.quor.bonor.Ias.in d.§.actionum autem.nu.218.& 222.Afflict.decis.374.num.7.D.meus Soci.Iun.consi.75.num.13.lib.1.Roland.consil.48.num.11. & seq.lib.1.Decis.Pedem.56.num.6.& præsertim, si error in facto sit, secùs verò est, si in iure, & à iure reprobatus sit; quia talis titulus non iustam præbet causam præscribendi. Afflict.decis.374.nu.3.& seq.

727 Et quæro in titulo putatiuo existente ad vsucapiendum, vel ad præscribendum sufficienti, si longi temporis præscriptio requiratur, vel potius illa xxx.vel xl. annorum. Doctores circa hunc articulum varij vario modo loquuti fuere, & plerique censuere, quòd longi temporis præscriptio sufficiat, videlicèt decem ann. inter præsentes, & xx.inter absentes.gl.est in l.hæreditatem. in fin. C. in quib. cess. long. tempor.præscript. Balb.in l.Celsus.nu.7.vers.ampliat.ff.de vsucap. Cast. consil.195.nu.4.lib.2.Deci.consi.272. nu.9.Paris.consil. 48.nu.15.lib.3.D.meus Soc.Iun.consi.77.nu.157.lib.1.& cons.47.nu.22.lib.2.

Alij autem dixere, hanc conclusionem esse veram in rei vendicatione, secùs verò esse in hæreditatis petitione. Bald. in l.hæreditatis. num.2.in fin.C.de pet. hæredita. Alexand. in l.fin. nume.28. in fin. & Ias.numer. 35.in fin. C. de edicto Diu. Hadrian. tollen. nam quando quis credit testamentũ valere, & non valeat, petitio hæreditatis longi temporis præscriptio-

ne non præſcribitur. l. nunquam. ff. de vſucap. Abb. conſil. 19. numer. 1. verſicul. autem errabat. libr. 2. & ideò ſpurius, qui ſuam valere credidit legitimationem, non longi temporis præſcriptione præſcribit, ſed præſcriptione tantum longiſsima, id eſt, xxx. vel xxxx. ann. cum in hac longiſsima præſcriptione titulus ad præſcribendum non requiratur, at bona tantum fides ſufficiat. Rom. conſil. 123. num. 2. Deci. conſil. 367. num. 5. Balb. in tract. præſcript. in 4. part. quartæ part. princip. quæſt. 18. num. 6. Rip. in l. 1. nu. 8. & ſeq. ff. quor. bon. Rub. conſi. 75. num. 4. vbi dicit, hanc eſſe communem Doct. opinionem. Crau. in tract. de antiq. temp. in quarta part. nu. 161.

Ego autem reor, hanc ſecundam opinionem procedere in eo, qui titulo caret: at rem hæreditariam pro hærede, vel pro poſſeſſore poſsidet. nam tunc præſcriptio longi temporis contra verum hæredem non ſufficit, & hoc per text. clarum in l. hæreditatis. ibi præſcriptione longi temporis non ſummoueri. C. de pet. hæred. & ibi Bald. nu. 2. verſ. tertio. & Salic. num. 3. Alex. in d. l. fin. num. 28. verſ. vnde teneo. Pariſ. conſil. 48. num. 13. lib. 3. ſecùs verò eſt in eo, qui titulum habet, & in vno ex illis caſibus à iure permiſſis ſit, qui hac conueniri actione poſsit: quia hoc in caſu cenſeo, præſcriptionem longi temporis ſufficere. tex. eſt cum gl. in l. hæreditatem. & ibi Bald. & Salic. C. in quib. cauſ. ceſſ. long. tempor. præſcrip. Alex. in d. l. fin. nu. 28. verſi. vnde teneo. & conſ. 186. ſub num. 3. libr. 5. Pariſ. conſil. 48. num. 15. lib. 3. Dominus meus Socin. Iun. conſi. 77. num. 157. lib. 1. & conſi. 47. num. 22. libr. 2. Crau. conſi. 272. col. 2. Deciſ. Pedem. 56. num. 9. verſ. contrarium. & num. 11. & in his terminis loquuntur Doctor. primam opinionem tenentes.

Nec prædictæ opinioni quicquam facit oppoſitio Balbi in dicto tracta. præſcript. in quarta part. quartæ part. princip. quæſt. 16. num. 1. vbi dicit, quòd ſi petitio hæreditatis longo tempore non præſcribatur, niſi poſsidens titulum habeat, ſi titulum vtique haberet,

frustra de præscriptione tractaretur: nam qui titulum habet, hæreditatis petitione conueniri nō potest. d. l. regulariter. d. l. hæreditatis. & ibi Scribentes. meritò si petitio hæreditatis nō nisi spatio triginta ann præscribatur.

728 Ego huic autem argumento respōdeo, & dico, quòd in hoc valdè decipitur Balbus ibi: nam quando Doct. dicunt, quòd ad præscribendum longo tempore titulus requiratur, intelligunt de titulo putatiuo, & in casibus à iure permissis, in quibus actori permittitur, illum posse posside ntem cum titulo hæreditatis petitione conuenire, ergo distinctio mea præallegata remanet vera, & reperij deinde Decis. Pedem. 56. nu. 11. hanc distinctionem quoque approbare.

729 Ratioque diuersitatis hos inter casus in promptu est: nam quando petitio hæreditatis contra titulo possidentem datur, naturam suam suosque terminos excedit: meritò si hæreditatis petitio longo tempore præscribitur. glos. est in dict. l. hæreditatem. in verbo. Non possit. & est etiam gloss. fin. in d. l. hæreditatis à Baldo ibi secuta. num. 2. & ibi quoque à Salicet. num. 3. glos. est quoque in l. fin. in fin. C. de edict. D. Hadr. tol. & Ias. ibi sub num. 35. dicit, hanc opinionem in se esse veram, & multum notabilem. D. meus Soc. Iun. consil. 77. num. 157. libr. 1. Decis. Pedem. 56. sub num. 9. & nu. 11. & si contra illum, qui pro hærede possidet, datur, nō suam in aliquo excedit naturam: meritò si eo in casu, tempore solum longissimo hæreditatis petitio tollitur. Angel. consi. 84. num. 2. & consi. 161. num. 1. versic. de secundò. Rip. in l. 1. num. 9. ff. quor. bon. D. meus Socin. Iun. consil. 47. num. 22. libr. 2. Decis. Pedemont. 56. num. 9. & 11.

Et sicuti omnis actio spatio longissimo summouetur. l. sicut. l. omnes. C. de præscript. 30. ann. successiuè & hæc hæreditatis petitio longissimo tempore tollitur. Bartol. & Salic. in d. l. hæreditatis. num. 2. Alexā. in l. quod vxor. num. 2. in fin. ff. de acquir. posses. & in l. fi. num. 29. C. de edicto D. Hadria. toll. Ias. in l. 1. num. 10.

vers.decimo.C.de inoffic.testa.Balb.in d.l. Celsus.nu. 10.& num.11.versicul. tertio.& in tract. suo præscrip. in 4.part.4.part.prin.q.16.num.5. Afflict.dec.374.num. 2.Alexan.cons.129. num.10.lib.6. & cons.73.num.2.lib. 5.& cons.147.nu.3.libr.7. vbi dicit,hanc esse communẽ Doct. opini.à qua in iudicando & consulendo non est recedendum.Dec.cons.272.nu.9.Paris.cons.48.num.13. lib.3.D.meus Soci.Iun.cons.77.num.158. lib.1.& consi. 47.num.19.lib.2.

Et hæc conclusio sibi quoque locũ vendicat,quando 730
quis rem hęreditatis particular possidetẽ.nam quãuis præscriptio 30.an. tunc hæreditatis petitionem in sua totalitate,vel vniuersitate nõ eneruet , tamen sufficit, quòd in sua particularitate , & in re præscripta illam minuat & tollat. Sali.in d.l.hæreditatis.nu.2.Rip.in l. 1.num.7.ff.quor.bon.

Et excipiens semper cautus debet esse , qui pro hæ- 731
rede possidet,quod excipiendo non tantum titulo putatiuo innitatur,sed etiam præscriptione;aliàs succũberet,quamuis res fuisset præscripta. Rip. in l.1.colu. 3.in princip. ff. quor. bonor. immo reor, quòd non sit bonum allegare titulum : nam si titulum allegaret,& ab initio iniustus fuisset, possidens præscribere non potuisset : at dicere debet se tanto tempore, iustaq; ex causa rem præscripsisse. Parisien.consil.66. num. 128. lib.3.

Et cum error facti in titulo putatiuo sit,præscriptio 732
longi temporis sufficit, ad tollendum hæreditatis petitionem , vt suprà dixi.si verò iuris error sit, nequaquam.nam iuris error ad rem per lõgum tempus præscribendam non sufficit.l.nunquam.ff.de vsucap.

Immò plerique censuere, quòd iuris quoque error 733
longissimam impediat præscriptionem : nam bonam fidem non inducit,quæ hodie de iure canonico est necessaria. Felin.in c.de quarta.num.35.de præscr.Castr. cons.70.num.10.libr.1.Socin.consil.29. num. 22.versic. verum prædictis.lib.1.Cur.Iun.cons.185.nu.5.Calc.cõsil.76.nu.16.Bero.quæst.suis famil.q.4.nu.4.

Alij autem contrarium existimauere, quod iuris error longam tantum præscriptionem impediat, per tex. in d. l. nunquam. sed præscriptionem longissimam minimè. Roma. consil. 123. num. 2. Castren. sibimet contrarius cons. 3. nume. 5. & cons. 31. nu. 4. vers. nec obstat. libr. 2. Socin. consil. 5. num. 1. & 14. libr. 4. Deci. consil. 272. num. 9. Balb. in d. l. Celsus. num. 15. & in d. tract. præscrip. in 4. part. 5. part. princip. q. 16. num. 7. q. 18. num. 7. Rip. in l. 1. num. 9. ff. quor. bonor. Rub. consil. 75. num. 1. & cons. 154. num. 8. in fin. Alciat. in tract. præsump. reg. 3. præsumpt. 5. nu. 5. vers. sic posset distingui. Craue. consil. 6. num. 119.

734 Et quamuis mala fides in præscriptione ann. 30. secundum Canones noceat, vt in c. fin. de præscrip. tamé censeo, quod præscriptio 30. ann. cum bona tantum fide procedit, etiam validitate iusti tituli cessante. l. si fur. ff. de vsucapio. nam bona fides non ex iustis tantũ causis, verum quoque ex iniustis temerarijsque inducitur. Ias. in l. si quis id quod. num. 35. in fi. ff. de iurisd. omnium iudi. Deci. consil. 272. num. 9. Curt. Iun. consil. 28. num. 11.

736 Plerique autem alij voluere, quòd iuris error præscriptionem impediat, quãdo iuris error non sit probabilis; secùs verò si probabilis sit; quia tunc quo ad præscriptionem prodest. Feli. in c. de quarta. nu. 27. de præscri. Soci. cons. 33. nu. 10. lib. 4.

Et præsertim si lex contractui non resisteret: sed tãtum non assisteret, & præscribens de lucro captando non tractaret, sed de damno euitando, tunc error iuris ad præscribendum sufficit, aliàs secus erit. Crauet. in tract. de antiq. temp. in 4. part. nu. 162. vers. quid tenendum. & num. seq. & ibi dicit, hanc propositionem sine dubio procedere in minore, milite, & rustico, qui de facili subueniuntur. secùs verò est in doctore contra iuris formam & solennitatem cõtrahente: immò ego autem dico, quòd si error iuris sit, & de damno ipsius Doctoris tractatur, quòd illi subuenitur. Ias. in l. non amplius. §. si certum. nu. 6. in fine. ff. de leg. 1. Castr. cons.

412. nu.

412.nu.3.lib.2.Dec.conſ.408. nu.6.Crau.conſ.225.nu.11. igitur &c.

Et error iuris eſt probabilis, quando ius eſt obſcurum, vel quando in apicibus iuris ſit. Curt.Iun.conſil. 28.num.9. nam error iuris dubij æquipollet errori facti. Iaſ.in l.iuris, nu.2.& Deci.n.9.C.qui admitti.Balb. in l.Celſus.num.17.verſ.primo limitatur.ff.de vſucap. Rom.conſil.123.num.2.circa medium.Curt.Iun.conſi. 28.num.8.& ſequ.D.meus Soci.Iun. conſil.116.num.83. libr.1. 736

Dixere autem alij hanc concluſionem eſſe veram, quo ad fructuum acquiſitionem, nõ autem quo ad pręſcribendum. gl. eſt in verbo. Et non puto.l.ſed & ſi lege.§.ſed & fructus.ff.de petit. hære. Alex.in l.quod vxor.num.4.ff.de acq. poſſeſ.Balb.in d.l.Celſus.num.18. Plot.in l.ſi quando.num.268.in fi.C.vnde vi.Soci.conſil.33.num.10.lib.4. Curt.Sen.conſi.71.nu.10. Curt.Iun. conſi. 6.num.26.& conſ. 28.num.6.Alciat.in tract.præſump.reg.3.pręſump.5.num.5.vbi dicit hanc eſſe communem Doctor.opinionem, & de minori præiudicio tractatur, fructus quàm rem acquirendo.Curt.Sen.cõſil.71.col.6.circa medium.& ſolet dici, quòd non curatur de titulo ad fructuum acquiſitionem, dummodo bona fides adſit.Negu.in tract.de pign. in 4. membr.5. part.num.12. 737

Et inter bonam fidem & malam datur medium. Felin.in c.de quarta.nu.31.in fi.de præſcrip.D.meus Soc. Iun.conſ.150.num.19. libr.1. qui medius, quo ad acquiſitionem fructuum, ſufficit; non autem ad præſcribendum.Bartol.in l.ſed ſi lege.§.ſcire.nu.4.ff.de pet.hære. Alciat.in d.loco allegato, vt ſuprà, num.5.verſ.nec obſtat. 738

Et præſertim quo ad fructus induſtriales, qui in recompenſationem culturæ dantur, cum de eius damno tractatur, non autem de lucro.glo.eſt in l.quæſitum.in verbo.Aſſumptos.& in l.bonæ fidei.in verbo.Sed omnes.& in verbo. Pœnæ, ff.de acquir. rerum dom.Bald. in l.ex diuerſo.ſub num.2. ff.de rei vend. Curt.Senior 739

conſil.

consil.71.colum.6.circa medium. Curt. Iun. consil.28. num.3.secùs verò erit,quo ad fructus naturales, quos restituere tenetur. gloss.est in l.sequitur. §.fructus.in verbo.Non fuerit.ff.de vsucapio.ex quo tunc de lucro ipsius præscribentis tractatur.Felin.in c.de quarta.nu. 30.de præscript.Alexan.in l.Nesennius.§.fundum.nu. 6.ff.de re iud.etiam si consumpti essent.Cur.Sen.consi. 71.nu.8.gl.& alij Doct.præallegati vt suprà.

740 Et fructus naturales sunt,in quibus plus natura operatur,quam industria,vt sunt poma, & similes. industriales autem sunt,in quibus plus industria, quàm natura operatur.Curt.Sen.consi.71.nu.7.

741 Sed alij contrarium censuere, quòd quando iuris error sit, & non facti, & titulus ad non titulum reducatur, talis titulus non prodest illi talem titulum habenti.Abbas consil.19.num.1.versic.aut errabat.libr.2. D.meus Soci.Iun.consi.150.num.26.lib.1.etiam quo ad acquisitionem fructuum, quin ad illorum restitutionem condemnetur. l. filio.§.contra tabulas.vbi Barto. ff.de inoffic.test.Abb.in c.cum causa.nu.5. de offic.deleg.Felin.in c.cum causam.num.27.de re iud. & in c.de quarta.nu.25.& nu.29.de præscrip.Rom.cons. 455. nu. 25.vers.his tamen.& num.seq.

Et præsertim si fructus extant, quia de consumptis non tenetur.Abb.cons.34.nu.1.in fi.lib.1.vel & quo ad fructus consumptos, illos restituere non tenetur, nisi quatenus cum eis locupletatus sit.gloss.est in l.sed & si lege.§.sed & fructus.in verbo. Et non puto.ff.de pet. hæred.l.1.C.de pet. hær.Pract.Pap.in forma libel.quo pet.hær.ex testam.in glos.in verbo. Contradictionibus.num.4.D.meus Soci.Iun.cons.150.num.21.libr.1.& tenetur de fructibus perceptis tantum, si cum illis locupletatus sit,& non de percipiendis. Plot.in l.si quando.num.280.quam conclusionem arbitror esse veram, ante litem contestatam. secùs verò est post litem contestatam:quia dico, quod hoc in secundo casu tenetur non tantum ad restitutionem fructuum perceptorum, sed & quoque percipiendorum, & ad omne suum interesse,

tereſſe,& contra illum in litem iurari poteſt. Plot.in d.l.ſi quando.nu.514.

Nonnulli alij diſtinxere, primam opinionem procedere poſſe,quando præſcribens probaret, ſe in iure erraſſe, vt puta ſe peritiores conſuluiſſe,qui ſibi retuliſſent contractum valere, tunc quo ad reſtitutionem fructuum excuſatur. Bart.in l.ſed ſi lege.§. ſcire. num. 2.& ſequ.ff.de pet.hæred.Felin.in c.de quarta.num.28. & ſeq.de præſcript.Alexand.conſil.121.num.14.libr.4. Rube.conſil.75.num.5.Crauer.conſil.225. num.11.†cum 742
periti quandoque falluntur. l. 2. §. Seruius autem Sulpicius.ff.de orig.iur.Curt.Iun.conſi.6.ſub nu. 26. Alci. in tract.præſump.reg.3.præſumpt.31.num.1.quæ iuris 743
quoque ignorantia ex coniecturis, indicijſque, & per ſacramentum ipſius præſcribentis probatur, ſi præſcribens ſit perſona fide digna.Balb.in l.Celſus.num.23.in fin.ff.de vſucap.Curt.Sen.conſil. 71.num.15. Curt.Iun. conſil.28.num.9.Alciat.in tracta. præſump.reg.3.præſump.30.num.6.

Et hęc maximè concluſio procedit, ſi contractus à 744
iure reprobatus non ſit,vtputa, quòd non ſit ſimulatus,vel fæneratitius,ſed lex tantum contractui non aſſiſteret, & non reſiſteret, tunc præſcribens fructus ſuos faceret. Felin.in d.c. de quarta.ſub numer.31.Curt. Iun.conſil.6.num.26. Alciat.in tract.præſumpt. regula 3.præſumpt.30.num.2.& ſeq. Plot. in l.ſi quando.num. 262.C.vnde vi.Rim.Iun.in §.2.num.44.Inſtitut.quibus alien. licet vel non. etiam ſi fructus extarent, & cum illis locupletatus ſit.l.ſequitur.§.fructus.& ibi glo.& Bart.ff.de vſucap.Sali.in l.certum.nu.3.verſ.ſed vnum attende.C.de rei vend.Curt.Sen.conſi.71.nu. 10.Curt. Iun.conſ.6.num.26.

Si conuentus verò iuris errorem non probaret, & lex contractui expreſſè reſiſteret: quia eſſet fæneratitius,vel ſimulatus, & de iure prohibitus,& tunc præſcribens fructus vtique ſuos non efficeret. Bartol.in d. §.ſcire. num.5. & ſequ.Felin.in d.c.de quarta. num.31. Balb.in d.l.Celſus.num.19.& ſequ. Alexand.conſil.121.

num.

nu.13.& seq.lib.4.Curt.Iun.consil.6. num.26. immò eo in casu ad restitutionem fructuum perceptorum percipiendorumq; tenetur. Soci.in l.rem quæ nobis.num. 22. ff. de acquir. possess.ex quo in dolo præsumpto est, existente contractu expressè à iure reprobato. Alciat. in tracta.præsumpt.regula tertia præsumpt.30.num.3. Plot.in l.si quando.sub nu.262.C.vnd.vi.& in his quoque terminis loquitur Rom.consi.455.& alij sui sequaces illam propositionem tenentes, videlicet quòd quãdo error iuris sit,& non facti, & titulus ad non titulũ reducatur, talem titulum quo ad acquisitionem fructuum non prodesse. Curt.Sen.consi.71.colum.9.vers. ex his etiam.& quando lex dicatur contractui non assistere,vel resistere, vide remissiuè Balb.in d.l.Celsus nu.20. vltra allegata per me suprà, & infrà. & Plot.in d.l.si quando.nu.263.

745 Et quo ad hanc distinctionem respectu fructuum, dico esse veram, in præscriptione longissima, id est xxx. & xl. ann. & non in præscriptione longi temporis, si lex contractui expressè non resisteret, sed tantũ non assisteret. prout est, quando contractus sua caret solennitate,& iuris error probatur;nam tunc præscriptio longissima ad præscribendum sufficit,in qua bona fides requiritur, & mala absit: secùs verò est,si lex contractui expressè resisteret, prout est, quando contractus sit simulatus, vel feneratitius,nam tunc præscriptio xxx.ann.ad præscribendum non sufficit. Alexand.cons.121.num.13.& seq.libr.4.Balb.in d.l.Celsus. nu.20.vers.4.limitatur.Crau.in tract.de antiq.temp.in quarta part.num.164.nam si contractus à lege expressè reprobatus sit, iuris error causam iustam præscribendi non dat,etiam perscriptionem longissimam, vt in terminis petitionis hæreditatis tradit Afflict. decis. 374.num.4.

746 Benè verum est. quòd existente præscriptione xxx. ann.in dubio bona fides præsumitur,licèt nullus titulus appareat.Curt.Iun.consi.28.num.4.quæ bona fides ad præscribendum sufficit. Dec.consl.272.num.9.& satis

tis est, vt bona fides allegetur, licet non probetur. Paris. cons. 93. num. 26. & seq. lib. 3.

Quæ conclusio quoque ampliatur procedere, quando mala fides ab initio præsumpta esset, quæ per præscriptionem longissimam purgatur, taliter quod illa amplius allegari non potest. vt supra dixi. secùs verò erit, si mala fides non esset præsumpta, sed verè probatur, probando per instrumentum, vel per partis cõfessionem, præscribentem scientiam rei alienæ habuisse; & tunc enimuerò præscriptio xxx. & xl. ann. & etiam tanti temporis cuius initij &c. ad præscribendum non sufficit. Crau. in tract. de antiq. temp. in quarta par. nu. 165. & seq. & num. 169. vers. sed ista responsio. & consil. 146. num. 6. & seq. D. Rim. Iun. in princip. Inst. per quas pers. nob. acquir. num. 24. & ideo Felin. in c. de quartæ. num. 35. in fi. dicit, quòd ille, qui titulum ex contractu cum minore vel Ecclesia inito habet, & scit aduersus illum titulum restitutionem peti posse, tunc ille non censetur titulum ad præscribendum habere, cum nõ sit in bona fide; quod censeo esse verum, si probatur præscribentem hanc scientiam habuisse, aliàs secùs erit. Doct. præallegati, vt suprà. 747

748 Secundo dico, quòd petitio hæreditatis contra titulo possidentem datur, quando quis pro pretio exiguo hæreditatem emisset, vel quia venditor non repertus fuisset, tunc arbitror, quod in his casibus petitio hæreditatis contra hunc ementem conceditur, non obstãte eius titulo allegato. tex. est apertus in l. etiam. §. si quis hæreditatem. cum §. seq. ff. de pet. hæred. gl. est in l. 1. in verbo, teneatur. in fi. C. de inoff. testa. & in l. hæreditatem. in verbo, non possit. C. in quib. caus. cess. long. tẽp. præscrip. Sal. in l. 2. nu. 8. C. de pet. hær. Alex. consi. 186. nu. 2. lib. 5. Soc. in tract. Fallen. regul. 196. in quinta fall. Rui. conf. 147. nu. 18. lib. 3.

749 Idem pariter quoque dici potest, quando quis hæreditatem quasi vacantem à fisco emisset, quòd contra dictum emptorem petitio hæreditatis permitti-

tur,& sic tunc quoque contra titulo possidentem erit. l. etiam. §. item si quis à fisco. ff. de pet. hæred. gloss. est à Doctor. communiter recepta. in l. hæreditatem. in verbo. non possit. C. in quib. caus. cess. long. temp. præscript.

Sed Salic. in l. 2. nu. 8. circa medium. C. de pet. hær. dicit, quòd hodie talis emptor conueniri non potest, sed fiscus tantum vsque ad quadriennium, per text. in l. 2. ibi in verbo. nec posse. & ibi not. Bald. Salic. & communiter Doct. C. de quadr. præscrip.

Ego autem dico, hanc conclusionem esse veram, si Princeps rem alienasset, quam bona fide possidebat, vt tradunt Doct. in d. l. 2. quia mox de bona vel mala fide recipientis non curatur, dummodo causam à Principe habeat; nam tunc dominium in illum transfertur, sine aliqua inquietudine apud illum mansurum. Bald. in l. 2. nu. 2. C. de quadr. præscri. D. meus Soci. Iun. consi. 94. num. 21. lib. 2.

750 Tertiò petitio hæreditatis contra hæredem hæredis vel possessoris datur; quia titulus hæreditarius nõ hæreditatis petitionem excludit. l. etiam. §. hæredem. ff. de pet. hæred. Franc. de Arèt. cons. 103. nu. 4. circa medium. & in simili faciunt allegata per D. meum Socin. Iun. cons. 156. nu. 26. lib. 1. prout quoque titulus diuisionis petitionem hæreditatis non tollit. nam licèt iustus error, quo ad vsucapionem, pro titulo habeatur: tamẽ non habetur pro titulo, vt agens hæreditatis petitione repellatur. doctrina est Bart. in l. 1. nũ. 3. ff. quor. bono. secuta à Decis. Pedem. 56. nu. 6.

751 Quartò petitio hæreditatis datur contra emptorem quotæ hæreditatis, dummodo agat ad res singulares, & non ad quotam: nam quamuis emptor titulũ in quota habeat, non tamen titulum in rebus particularibus habet, merito si hoc in casu petitio hæreditatis contra res singulares concedatur. Rom. sing. 340. Soc. in tract. suo fallen. in regul. 196. in tertia fall. Ias. in l. 1. nu. 10. in non. fal. C. de inoff. testa. Zuchard. in l. fi. num. 435. C. de edict. Diu. Hadr. tol.

Vel

vel & quoque contra titulo possidente relaxatur, 752
quando illa emptio ex solennitatis defectu non valet. Rolan.cons.48.sub nu.20.lib.1. & vt suprà aliàs tetigi, in 1.limitatione huius regulæ præallegatæ.

Quintò dico, quòd hæreditatis petitio contra titu- 753
lo possidentem datur, quando possidens titulum depositi, vel commodati allegat, qui titulus ad dominij translationem, & etiam ad vsucapionem nõ est aptus, prout de iure requiritur, meritò si ille titulus ad excludendum hęreditatis petitionem non sufficit.l.hæreditatis.in fi.C.de pet.hæred. Sali.in l.cogi.nu.9.ver. quæro.C.de pet.hæred. Soc.in tract.fallentiarum suarum,in regula 296.in 6.fallen.

Sed Bald.in d.l.cogi.num.10. dicit hanc propositionem esse veram,nisi actor se ex simili titulo fundaret, nam in simili tituló, in parique iure possidentis conditio est potior.

Salic.autem in d.l.cogi.nu.9.vers.quæro.in contrarium tenet,& aliter distinguit, & dicit, quòd aut reus titulum commodati, vel depositi allegat se ab eodem defuncto habere, & tunc hæredem nõ excludit, immò tantò magis tenetur: aut ab alio, & tunc dilatio ei datur ad notificandum illi, vt veniat defensurus,quo nõ veniente, actor poterit illum conuenire, ex quo talis titulus ad dominij translationem,ad vsucapionemq; non est aptus.Sali.& Soc.vt suprà.

Ego benè autem fateor,quòd iudicium proprio nomine contra alieno nomine possidentem moueri non potest,ex quo pro hærede vel pro possessore nõ possidet, prout in petitione hæreditatis requiritur.l.regulariter.ff.de pet.hæred.l.hæreditatis.C.de pet.hæred. nomine autem absentis res ab eodem est petenda, nisi fortè reus dixerit se possidere:nam tunc tanquàm prędo conueniri potest.text.est perspicuus in l.etiam.§.si quis absentis.ff.de petit.hæred. hinc est, vt aliàs dixi, quod contra debitorem hæreditarium petitio hęreditatis non datur, si non contendat se esse hæredem, sed propter aliam causam denegat soluere.l.si debitor.&

ibi Bart.ff.de pet.hæred. Aret.in §.actionum autem, nume.101.Inst.de act.

754 Sextò & vltimò petitio hæreditatis contra titulo possidentem conceditur, quando reus conuentus titulum post defuncti mortem habuisset, secùs verò erit, si ante mortem. Bald.in l.fin.nu.28.C.de edict.D.Hadr.tol.Rom.singu.340.Castr.cons.138.nu.4.lib.2.in nouis. Alex.consi.90.nu.10.vers.facit ad hoc.lib.2. Soc.in tracta.fallent.regula 296.in secunda fallen. Rui.cons.169.nu.3.& seq.lib.5.Crau.cons.277.col.2.versic.similiter, decis.Pedemon.56.num.4.vers.prædictis. Marant.post tract.suum de ord.iud.in nona disput.nu.20. & ita aliàs sæpissimè Bononiæ iudicatum fuit, vt attestatur Rolan.consi.48.num.11.lib.1.subdens ibi, quòd opinio Baldi non est contra communem, sed forsan in iudicãdo durum erit, ab hac opinione contraria recedere, quæ est subsequens, vt infrà dicam.

Alij autem contrarium censuere, quod siue reus habuisset titulum in vita defuncti, siue post, nunquam hæreditatis petitio contra illum datur. Aret. in §. sed iste.num.30.circa medium. Instit.de act. Alexã.in l.fin. num.28.vers.sed quia.C.de edict.D.Hadr.tol. Ias.in d. §.actionum autem,num.218.& in l.1.num.10.vers.istam limit.C.de inoff.testam.à qua opinione tanquam à cõmuni in iudicando & consulendo non est recedendũ, vt refert sequendo Alex.cons.184.nu.3. & 186. nu.2. & seq.& cons.73.nu.5.& seq.lib.5.Ruin.cons.174.num.15. lib.1.& cons.25.nu.2.lib.4.Zuch.in l.fin.num.420.C.de edict.D.Hadr.tol.vbi quoque dicit, hanc esse crebriorem Dd.opinionem.

Quæ opinio mihi quoq; placuit, per text.in l.etiã, §. 1. & seq. ff de petit. hæred. vbi habetur, quòd quando hæreditas pro paruo pretio sit vendita, vel venditor non reperiatur, tunc illis in duobus casibus specialibus petitio hæreditatis cõtra titulo possidentem datur: ergo ibi probatur, quòd ius commune est in contrarium. Alex.d.cons.73.nu.5. & d.cons.186.nu.2.in fin. & ratio equidem in promptu est, nam reus conuentus

non

non contendit, se pro hærede, vel pro possessore possidere: meritò si contra illum petitio hæreditatis non conceditur, d.l. pro hærede. sed sumus in regula, quæ est, quòd possidens cum titulo hæreditatis petitione conueniri non potest, d.l. hęreditatis. & ibi Scribentes Alexan.d.consi.186.nu.6.vers.sed quo ad tertium, tum & quoque, quia opinio Baldi in contrarium allegata iure non probatur neque verificatur, ergo regula est tenenda. Zuch.in d.l.fi.nu.420.& Rol.cons.48.nu.11.in fi.li.1.dicit, quòd in iudicando durũ erit forsan ab hac opin.recedere, licèt ibi opinioni contrariæ annuat.

Quæ conclusio quoq; ampliatur, & procedit, siue reus prius acquisiuisset possessionem, quàm titulum post defuncti obitum. nã hoc nihil refert, an titulus & possessio simul acquirantur, vel de per se, cum semper eadem ratio sit. Ias. in l.1.nu.10.in 7.fallen. C. de inoff. testam. & in §.actionum autem, nu.219. Inst.de act. Zuchard.in l.fin.nu.420. vers.& ista conclusio. & sequen. C.de edict.D.Hadr.tol. & præsertim si titulus sit validus, secùs verò erit, si inualidus sit: quia tunc contra illum petitio hęreditatis de iure hæredi cõceditur. Rol. cons.48.nu.12.lib.1.& Dd.in 1.limit.præallegati. 755

Vel & quoque hæredi petitio hæreditatis conceditur, quando reus conuentus titulum post defuncti mortem habuisset ab eo, qui nullũ ius in re habuisset, & sicuti petitio hæreditatis contra venditorem daretur, similiter ex eadem ratione contra emptorem dari debet, ne emptor melioris sit conditionis, quã auctor suus. Bart. Bal. & Ang. in l.cogi, nu.7.C.de pet. hær. Ias. in l.1.num.10.vers.tu aduerte.C.de inoff.testam.Castr. cons.138.nu.4.lib.2.Alex.consi.184.num.5.lib. 5. Rolan. cons.48.nu.22.lib.1.aliàs si contrarium diceretur quilibet legem de facili eluderet, simulando donationem, vel aliquem alium titulũ, quæ simulatio difficilis probationis est:& ideo aduocati nostri temporis pro consilio cliẽtulis suis dant, vt rem emptã donent, ad excludendum hæreditatis petitionem: sed minimè id debet eidem esse permissum, ne via fraudãdi legẽ aperiatur. 756

contra l.cōuenire.ff.de pact.dot.ita tradit Marant.post tract.suum de ord.iud.in 9.disput.nu.20.Ias.in §.actionum autem.nu.221. Inst.de act. & ideo Salic.in l.si post motam. nu.5.C.de pet.hæred. dicit, quòd tunc sufficit probare, illum ante titulum acquisitum possedisse, qui hæreditatis petitione conueniri poterat.

Alij dixêre id esse verum, si acquirens in mala esset fide, secùs si in bona. Alex.cons.186.nu.3.lib.5.& in l.fi. col.pen. & ibi etiam Zuchar.nu.421.vers.& prædicta. C.de edicto D.Hadr.toll.vbi Zuchard.dicit, hanc esse communem Doct.opinionem.

755 Et si fideicommissarius ille esset, qui petitionē hæreditatis vtilem intentaret, cōtra emptorem rei fideicōmisso subiectæ, debet probare, quòd hæres, qui illā alienauit, sciebat eam tempore alienationis fideicommisso subiectam esse, & ideo cautus, semper actor debet esse, vt alienantis scientiam deducat, aliàs succumberet. Alex.cons.186.nu.5.& 7.lib.5.prout dicitur de illo, qui post litem motam emit: quia actor debet probare, reum conuentum post litem motam emisse. nam scientia, & lis mota nō præsumitur, nisi probetur. Bal. in l.si post motam. sub nu.4.C.de pet.hæred.

758 Et quomodo libellus tunc per fideicommissarium contra emptorem formetur, in quem ipso iure, absque aliqua reali restitutione, vel verbali dominiū sit trāslatum, vide Castr.cons.94.col.2.vers.quantum verò ad id.lib.2.in nouis.

759 Ego autem pro mera resolutione huius sextæ & vltimæ limitationis, sic puto distinguēdum esse, & dico: quòd aut iste reus cōuentus post defuncti mortem titulum ab eo habuit, qui nullum ius in re habebat, & titulum ante iudiciū motum simul cum possessione habuit, & hoc in casu dico, quòd talis titulus reo conuento prodest. Bar. in l.3.§.opus.nu.1.ff.de alien.iud.mut. cau.facta, vbi dicit, quòd actio in factum tunc contra venditorem datur, qui illū petitione hæreditatis priuauit: ergo Bart. ibi annuit, quòd tunc titulus ementi prodest, vt petitione hæreditatis conueniri non possit, vt

ſit, vt eſt glo. in l. nec vllam. §. omnib. ff. de peti. hæred. Marant. poſt tractatũ ſuum de ord. iud. in 9. diſput. nu. 21. Ruin. conſ. 160. nu. 4. lib. 5. & ita eſt intelligẽdus Iaſ. in d. §. actionum autem. nu. 220. vbi hanc neſciuit difficultatem enucleare, & Bar. ſimul concordare.

Non obſtat aliud dictum Bart. in d. l. cogi. nu. 7. vbi loquitur, quando conuẽtus titulum poſt litem motam acquiſiuiſſet: at in caſu d. §. opus. loquitur, quando ante iudicium motum titulum acquiſiuit: ergo de illo ad caſum noſtrum, tamquàm ex diuerſo, non benè infertur. l. Papinianus exuli. ff. de min. & ratio huius generalis concluſionis eſt: nam ante acquiſitionem tituli reus non poſſidebat: meritò ſi cauſa ceſſat, ob quam fraus & procuratio tituli præſumatur, quæ nunquàm præſumi debet, nulla cauſa ſubſiſtente. Barto. in l. poſt contractum. ff. de dona.

Neque prædictæ cõcluſioni obſtat dicere, quòd iſte venditor non plus iuris in emptorem transferre potuit, quàm ipſe habuit. l. nemo plus iuris. ff. de reg. iur. l. traditio. ff. de acq. rer. dom. nã hoc non nego, ſed quoad caſum noſtrum dico, quòd titulum benè transferre potuit, ſecundùm Bar. in d. §. opus. num. 1. contra quem hæreditatis petitio non datur. d. l. hæreditatis. 761

Hanc autem intellige concluſionem eſſe veram, niſi iſte acquirens tituli acquiſitionem procuraſſet, vt ei ſubueniret, qui hæreditatis petitione conueniri poterat, nam tunc ille titulus illum ab hæreditatis petitione nõ defenderet, & etiam in omnibus caſibus, in quibus verè, vel præſumptiuè de fraude conſtare poſſit, quòd emens de eo participauerit. nam tunc illis in caſibus hæreditatis petitio cõtra hunc poſſidentẽ datur. Sali. in l. ſi poſt motã. nu. 5. C. de pet. hær. Iaſ. in §. actionum autem. nu. 221. Inſt. de act. Zuchar. in l. fi. num. 429. ver. ſecundo caſu. & ſeq. C. de edicto D. Hadr. toll. 762

Si verò titulum poſt defuncti mortem, & poſt poſſeſſionem, ante litem motam acquiſiuit ab eo, qui nullum ius in re habebat, & tunc dico, quòd ſi dubium fuiſſet, illum petitione hæreditatis conueniri poſſe, 763

 aut

aut spes fuisset ne conueniretur, & hoc in casu petitio hæreditatis cõtra illum sibi competit, aliàs secùs erit, & tria sunt necessariò probanda. Primò, quod titulum post possessionẽ acquisiuit. Secundò cõstare debet, ꝙ dubium aderat, vel timor ne conueniretur, tertiò probare quoque debet, acquisitionem ab illo factam fuisse, qui nullum ius in re habebat, sed hæreditatis petitione conueniri poterat. his tribus probatis, petitio hæreditatis contra hunc possidentem cum titulo conceditur, aliàs illis non probatis secùs erit: quia agẽdo contra illum petitione hæreditatis succumberet. Zuchar. in l. fin. num. 428. C. de edict. D. Hadr. tollen. & in his terminis loquutus est Ang. in l. si is qui bonis, ff. de acquir. hæred.

764 Aut iste titulum † ante litem motam habuit ab eo, qui ius plenum habebat, & hoc in casu dico, quod ille petitione hæreditatis conueniri non potest: aut ab eo, qui non plenum ius habebat, sed tale ius tantum, quo mediante ab hærede conueniri non poterat, & similiter petitio hæreditatis contra illum non datur, nisi actor probaret, reum conuentum talem titulum procurasse. Zuch. in d. l. fin. nu. 429.

765 Si lite autẽ pendente titulum ab eo acquisiuit, qui nullum ius in re habebat, & si possedisset hæreditatis petitione conueniri potuisset, tunc proculdubio dico, quòd talis titulus eidem nihil prodest, quin hæreditatis petitione conueniatur. ratioque est: quia ipse fuit conuentus, & videns, quòd sibi auferri poterat, quid fecit, ab illo qui nullum ius in re habebat, acquisiuit: meritò si à lege præsumatur, illum sibi titulum procurasse in fraudem, vt ipse agentem repelleret, & sibi per fas & nefas succurreretur: meritò si petitio hæreditatis contra hunc titulo possidentem datur. Ange. Imol. & Aret. in l. si is qui bonis. ff. de acquir. hæred. Bar. Bal. & Ang. in l. cogi. nu. 7. C. de pet. hęred. Alex. in l. fin. nu. 28. propè fin. C. de edict. D. Hadr. toll. & consi. 73. num. 6. lib. 5. Zas. in §. actionum autem. nu. 220. & seq. Inst. de act. vbi dicit, hanc opinionem literis aureis scribi debere

bere:nam actio ante titulum orta competere non desinit titulo superueniente, & hoc ad remouendum fraudes. Salic.in l.2.nu.5.C.de pet.hæred.

Et quamuis Salic.in d.l.2.num.2.& Ias.in d.§.actionum autem,nu.221. titulum requirere videantur procuratum, tamen dico,quòd satis perspicuè de procuratione iuris præsumptione constare censetur, quæ iuris præsumptio est liquidissima probatio, nisi de bona emptoris fide probetur. Zuch.in l.fin. nu.423. C. de edict.D.Hadr.toll. 766

Si reus verò conuentus titulum ab eo lite pendente acquisiuit,qui plenũ ius in re habebat,& dico,quòd si acquirens in bona,vel mala fide sit, siue huiusmodi titulum,siue non procurauit,dico,quod hoc in casu talis titulus omninò eidem prodest,& hæreditatis petitioné excludit,nisi talis titulus esset fictitius & simulatus:nam tunc enim verò eidem non prodest, ex quo titulus talis possessionem & dominium nõ tribuit.Bal. in d.l.cogi.num.7.vers.si autem.Alex.cons.73.nu.6. libro 5.Zuch.in d.l.fin.num.424. 767

Si tribuens verò titulum non plenum ius haber tale autem ius tantũ , quo stante hæreditatis petitio conueniri non potuisset,& hunc post litem motam titulum acquisiuisset , dico hoc in casu, alio non doc titulus reo proderit,& ratio in promptu est:quia titulus nõ procuratus præsumitur,cũ quilibet in dubio bonus censetur,nisi contrariũ probetur. l. merito, ff.pro soc. & in hoc fortè plurimum iudicis arbitriũ potest.

Si agens verò de procuratione tituli verè,vel præsumptiuè probaret,dico,quòd tunc titulus eidem non prodesset:quia actor bonam habet fidem, reusque conuentus malam, qui titulus cum mala fide acquisitus cõuentum à petitione hæreditatis non defendit,l.2.C.de petit.hæred.l.nec vllam,§.1.ff.eod.tit. gloss. in dicta l. nec vllam.§.item in titulo.in verbo, Item in titulo.Alexan.in l.quod vxor.num.4.in fin.ff.de acquir.possess. Zuchar.in d.l.fin.num.426.& seq.Ripa in l.1.num.9.ff. quorum bon.

Si ti-

769 Si titulus verò lucratiuus reo post litem motã conuento superuenerit & tunc censeo, quòd ille hæreditatis petitione conueniri non possit, nã omnis sinistra suspicio cessat: meritò si talis titulus eidem prodest. Salic. in l. cogi. nu. 10. C. de peti. hæred. Aret. in §. actionum autem. nu. 100. prope fin. Inst. de act.

Quæ conclusio procedit in casu dubio, secùs autem est in casu certo & perspicuo, in quo constare possit, titulum hunc procurasse: quia tunc talis titulus ita procuratus eidem non prodest, quin petitione hæreditatis conueniatur. Salic. in l. si post motam. nu. 5. C. de pet. hæred. Zuchard. in l. fi. num. 426. & seq. C. de edicto D. Hadr. toll.

770 Si quis autem titulum, vel possessionem tantùm in vita defuncti habuisset, nunquàm cõtra illum petitio hæreditatis daretur, ratione allegata per Zuchard. in d. l. fi. nu. 417. vers. circa primum. & nu. seq.

771 Et si quis diceret, quomodo in prænarratis casibus titulus reo prodesse possit, qui post litem motam superuenit, si res per litis contestationem litigiosa fuit facta. l. fin. C. de litig. l. 2. C. de peti. hæred. taliter quòd dicta res alienari non potest in præiudicium actoris? ego fateor vtique id verum esse, si reus conuentus alteri post litem motam, & contestatam rem litigiosam alienaret: secùs verò est, si ab alio sibi alienaretur, nam tunc alienatio valeret, & suam possessionem confirmaret. Bar. in d. l. cogi. nu. 6. & etiam Bald. ibi num. 7. & propterea declara & distingue, vt suprà dixi.

772 Et quomodo sententia in hæreditatis petitione sit formanda, vide Aret. in §. curare. nu. 6. Insti. de act. & si generalis & incerta proferretur, valeret: quia propter id non vitiaretur. Vant. in tract. de nullit. in tit. ex defectu process. nu. 106. & ita finitur iste tractatus petitionis hæreditatis.

FINIS.

LAVS DEO SEMPER.

INDEX RERVM MEMORABILIVM, QVAE IN HISCE TRACTAT. D. ACHILLIS PERsonalis continentur.

A.

Cita-

tur-

exce-

possessionem bonorum debitoris, stante pacto executiuo & constituti, hæc associatio cõceditur non citato debitore, secùs si peteret se in possessionem immitti num. 298. versic. vel & 2. & nu. 325. versic. sed dubium.

Creditor qui iustis de causis & nõ malo animo in possessionem ingressus sit, non in pœnam l. meminerint. C. vnd. vi. incidit. nu. 299.

Sed hæc propositio pulchrè ab auctore declaratur. nu. 300. & nu. 302.

creditor, qui habet pactum executiuum & constituti à debitore, in possessionem bonorum illius per vim ingredi potest. num. 307. & num. 313. versi. sed ego.

Et violentiam non dicitur facere, at potius suam possessionẽ defendere. nu. 318

creditor qui potuit propria in possessionem auctoritate ingredi, iuxtà pactum conuentionale si possessionem iudicis auctoritate nulliter accipiat, perinde habetur, ac si propria auctoritate in possessionem intrasset, merito si in dicta possessione confirmaretur, si contra instrumentum nihil à debitore fuisset appositum. nu. 307. & num. 312.

creditor respectu pacti executiui & constituti potest per vim in possessionem singularis successoris constituentis incontinenti ingredi, secùs si ex interuallo nu. 313. sub vers. sed ego.

creditor, qui potest propria auctoritate expellere debitorem per vim sua possessione, ob licentiam conuentionalem à debitore sibi in instrumento datam, si vadit ad iudicem, & crediti instrumentum producat, & iudex licentiam ingrediendi in possessionem ei dederit, non citato possessore & per vim in eam ingrediatur, non incidit in pœnam l. meminerint. C. vnd. vi. nu. 317

creditor expellendo per vim debitorem sua possessione auctoritate licentiæ à iudice sibi nulliter datæ, stante pacto executiuo & constituti instrumentali, si nihil contra dicta pacta à debitore probaretur, tunc creditor in possessione confirmaretur. nu. 319. versicu. & hæc. & nu. 322. & num. 323.

creditor, qui potest propria auctoritate in possessionem ingredi auctoritate conuentionali sibi à debitore concessa, si vadit ad iudicem, & licentiam nulliter concedat, perinde habetur, ac si propria auctoritate possessionem accepisset. nu. 323

creditor non præsumitur in dubio viam iuris, sed potius facti elegisse. nume. 324. versicul. & tamen.

creditor adeundo ad iudicem incompetentem, pacto executiuo & constituti non renunciasse censetur. nu. 327

creditor qui missus fuit in possessionem bonorum debitoris in

circa

Equi-

Estimati-

exceptio-

exceptio-

Executio

Existente

riens ante hæreditatem aditã, vel post, & ante restitutionem sibi factam ius deliberandi ad hæredes suos transmittit, secũ dùm communem Doct. opinionem. sub nu.188

fideicommissarius appellatione hæredis venit, quando restitutio sit sibi facta, vel sit in vno casu, in quo iura fideicommissi ipso iure in illum transeunt. nume.188. vers. sed ego.

fideicommissarius vltra casus narratos, non dicitur institutus, & substitutus, propriè, & impropriè. num.189. vers. & alia quoque.

fideicommissarius agendo beneficio l. fin. C. de edict. diu. Adr. tol. probare debet, casum fideicommissi obuenisse, & restitutionem saltem verbaliter sibi factam fuisse, vel se esse in vno casu, in quo iura fideicommissi ipso iure in eum transeunt. nu.191. versi. bene autem.

fideicommissarius liquidans casum fideicommissi obuenisse, & illud sibi fuisse restitutum, summariè proceditur, illis citatis, quorum interest, num. 191. vers. bene autem.

fideicommissarius non possidẽs, non est legitimus cõtradictor, ad impediendum hæredem in possessionem mitti etiam si incontinenti se offerat ius suum probare. num.400

fideicommissarius nullum ius habet, antequam restitutio reipsa, vel verbo, sibi facta sit, sub num.400.

fideicommissarius regulariter possessionem propria auctoritate non accipere potest, aliàs incideret in pœnam l. non dubiũ. C. de leg. num. 401

fideicõmissarius regulariter possessionem propria auctoritate accipiens, non incidit in pœnam; si hæres declarasset se nolle quartam detrahere. nu. 401. vers. & licèt.

Sed hæc conclusio ibi ab auctore declaratur.

fideicommissarius si non audita hæreditate per hæredem, possessionem propria auctoritate acciperet, non incidit in pœnã, sed illam hæredi restituere tenetur. nu.402

fideicommissarius non impedit hæredem in possessionem mitti, nisi possessione hæredi prius restituta. sub num.402

fideicommissarius potius fideicõmissum ex manibus hæredis capere debet, quàm quod filius hæres legitimam suam ab eo capiat. nu. 402. in fi.

fideicommissarius possessionem ex manibus hæredis accipere debet, etiam si restitutio fideicommissi ipso iure fit, si hæres possideat, secùs erit, si non possideret. nu.403

fideicommissarius fideicommissum ex manibus hæredis non capere tenetur, si pendente cõditione bona fideicommisso subiecta hæres alienauerit, quia tunc illa alienatio reuocatur, adimpleta conditione. sub nu. 403. in fin.

ribus

G.

contra-

sessorio

iudex,

L.

Litis

omnia

O.

Omit-

Ordo

posses-

Prohi-

Que-

 titu-

&

Rein-

 ad

Rip.

quale

quale in prima eius facie apparet, & quo ad immissionē possessionis executionem paratā habet.num.261.Sed hæc conclusio pulchre ab auctore declaratur.num.273. primum per secundum regulariter tollitur. sub num.399.

Testamentum secundū speciali derogatiōe carens clausulæ derogatoriæ in primo testamento insertę cēsetur testatoris voluntate carere nisi secundum testamentum inter liberos extaret, æqualitate inter liberos seruata.nu.399.versi sed ego.

Testamentum inter liberos cōditum, seruata à testatore inter illos æqualitate, est validum, si coram duobus testibus confectum fuisset etiam si essent fœminæ, & ad improuisum ad testamentum accessissent, secundum communem Docto. opinionem. nu.573

Testamentum solemne inter extraneos conditum, per secundum corā duobus testibus inter liberos conditum, liberorū fauore tollitur. nu.574

Testamentum inter liberos conditum censetur clausulam codicillarem habere. sub nu.574.

Testamentum inter liberos conditum testamento pię causæ relicto præfertur si testamentum inter liberos conditum sit filijs pinguius & nescitur, quod illorum duorum sit prius.nu.575. primum inter liberos conditū, vt per secundū inter extraneos confectum tollatur, requiritur clausula specialis derogatoria, cum generalis non sufficit, secundū cōm Doct.opi.sub n.576

Testamentum filijs fauorabile dicitur, in quo æqualitas seruatur, non quando vni magis relinquitur, quam alijs, & præsertim si inæqualitas sit notabilis, secundum magis communem Doct.opin. nu.578. Et secundū testamentum imperfectū primo perfecto præfertur, si in secundo æqualitas seruatur, secū dum communem Doct.opinionem.nu.579.& num. 615.

Testamentum inter liberos cōfectum, non tollitur per secundum, si in secūdo clausula specialis derogatoria non reperiatur, siue primum testamentū testatoris sit conditum siue nū cupatiuum sit, secundùm cōm Doct.opinionē, non obstante, quòd aliqui in contrarium tenuerint. nu.585

Testamentum in scriptis & nuncupatiuum à lege æquiparantur.num.585.versi.quæ opinio.

Testamentum clausulam derogatoriam ad sequentia continēs per secundum non censetur reuocatum, etiam si vnum tantū præcedat, nisi clausula specialis derogatoria in secundo testamento contineatur, secū dum cōm Doct.opini.non obstāte, quòd Bar. Ro.Cast.& Soci.in contrariū tenuerint.n.586 nullū in nulla habetur cōsideratione. nu.586.sub vers.cōmuniter.& nu.593. specialē requirens derogationem, specialiq́; deroga-

intelligere noluit. num.200. Sed hæc conclusio ab auctore declaratur. sub nu.209

Testator dotando fœminas, instituendo & substituendo masculos tantum, vigēte statuto fœminas excludente, stantibus masculis, præsumitur id fecisse, causa agnationem conseruā di. sub nu.209. si vult, quòd bona sua in familia remaneāt, perinde est, ac si familiæ reliquisset. sub num. 220. prohibendo alienationem, quia vult, vt perpetuo bona sua in familia remaneant, quamuis illa prohibitio ex vi verborum appareret personalis, tamen ob causæ adiectionē est realis, & ad alios extenditur. nu. 220. non præsumitur, quòd incontinenti velit se corrigere. sub nu.223. tempus anni a lege executori ad exequendum datum, prorogare potest. nu.236. pro parte testatus, & pro parte intestatus, esse non potest, nu.565. sub ver. sed tu. duobus testamentis validis non decedere potest. nu. 586. sub vers. communiter. non præsumitur habuisse ignorantiam clausulæ codicillaris, cū illa à notario sibi vulgarizata fuerit, num. 598. si est peritus, tunc creditur clausulam codicillarem ex eius consensu fuisse appositam in testamēto. nu. 613 & seq. si aliquid intelligere voluisset, expresse dixisset, cū igitur non dixerit, ergo intelligere noluit. nu.614. & nu.623. instituens hæredem vniuersalem præsumitur noluisse codicillare, & donare. nu.625. versi sed ego.

Testes tam respectu dictorū, quā & personarū, in iudicio possessorio momentaneo & summario reprobantur, nisi cōtrarietas ex suis dictis resultaret. nu. 30. in iudicio ordinario, tam respectu personarum, quam & quoque dictorum, reprobantur. nu.31. in iudicio alterius interdicij præparatorio, cùm interrogatorijs examinantur, etiam si repulsa testium non admittetur. nu.32. in accessorijs & nō in negotio principali variātes, non reprobantur, & ita quotidie aduocati exclamant. n.130. Sed quō hęc propositio procedat, ab auctore declaratur. nu. 131. extra articulum aliquid deponentes, quod sit falsum, de falso nō puniuntur. sub nu.130. varij non probant, & illorū reductio admittitur ad euitandū falsum, non quod probare habeant. num.131. Vel etiam quando reductio admittatur, ab auctore declaratur. num. 132. circa accessoria variantes, non ordinariè, sed extraordinariè, & iudicis officio puniuntur. nu. 132. iurātes veritatem super totam causam dicere, si sint circa accessoria impertinentiaq; varij, quæ causam aliqualiter tangant, tunc depositio illorum in totum annullatur, secùs si simpliciter iurassent, num.133.

Testes in dubio iurasse simpliciter censetur. nu.134

 Testes

Tertius

Tertius

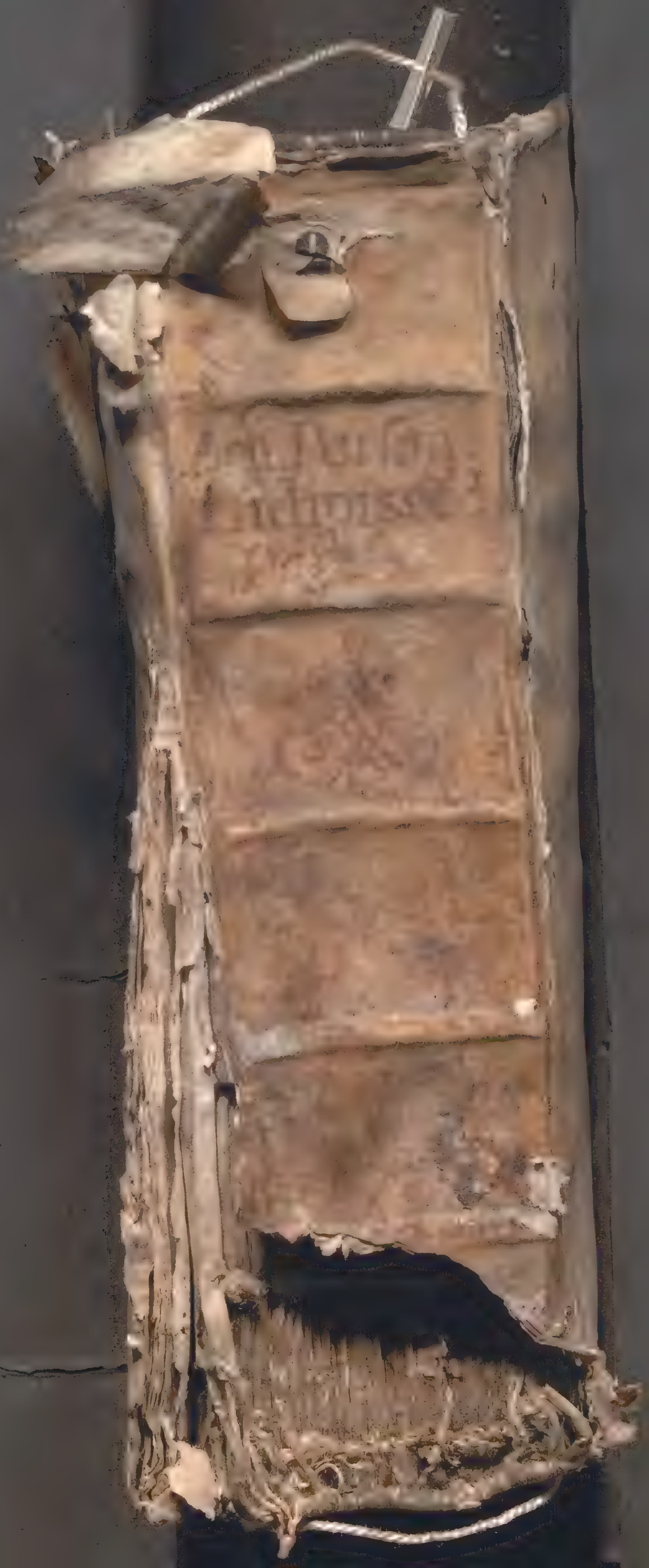
V.

FINIS.

Et posuit
d est, ad finiſtram
finiſtra ſua, ad dexteram ſcilicet
4

app
ens
Eph
ſup
, co
lijs

patris
culaſti ſtratum eius. * S
bellar
m
m
n
ix
m






calibrite
colorchecker CLASSIC
mm